

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXX

Curriculum: Diritto costituzionale
Settore Concorsuale: 12/C1
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/08

**Potere giudiziario e sapere tecnico-scientifico:
per un'interpretazione evolutiva dell'art. 101 Cost.**

Presentata da: Dott.ssa Maria Mocchegiani

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Tommaso Giupponi

Esame finale anno 2018

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO PRIMO	13
POTERE GIUDIZIARIO E GARANZIE COSTITUZIONALI	13
1. PREMESSA INTRODUTTIVA	13
2. IL POTERE GIUDIZIARIO NEI LAVORI DELLA SECONDA SOTTOCOMMISSIONE	14
3. LE SOLUZIONI ACCOLTE DALL'ASSEMBLEA COSTITUENTE E L'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE	22
4. I PRINCIPI COSTITUZIONALI SUL POTERE GIUDIZIARIO	30
4.1. L'art. 101 della Costituzione: la genesi storica della norma costituzionale	30
4.2. L'amministrazione della giustizia in nome del popolo e la soggezione del giudice soltanto alla legge	33
4.3. Il giudice e la sua indipendenza	40
CAPITOLO SECONDO	55
GIUDICE, PROCESSO, DECISIONE	55
1. PREMESSA INTRODUTTIVA	55
2. IL GIUDICE. NOZIONE E FONTI DI LEGITTIMAZIONE	56
3. IL PROCESSO. STRUTTURA E FUNZIONE	63
3.1. La dottrina classica: dal dogmatismo alla tensione verso la giustizia	63
3.2. La dottrina moderna: lo statuto epistemologico della verità "processuale"	67
3.3. La funzione epistemica ed euristica del fenomeno probatorio	77
4. LA DECISIONE. RAGIONAMENTO GIUDIZIARIO E SUA GIUSTIFICAZIONE	85
4.1. La struttura del ragionamento giudiziario	85
4.2. L'esigenza di razionalità della decisione giudiziaria	96
4.3. La motivazione della decisione	101
CAPITOLO TERZO	109
LA VALUTAZIONE DELLA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO ORDINARIO	109
1. PREMESSA INTRODUTTIVA	109
2. L'INGRESSO DELLA SCIENZA NEL PROCESSO: UNA "CATTIVA MAESTRA"?	112
3. LE INSIDIE DELLA PROVA SCIENTIFICA: MODELLI PROCESSUALI ED EURISTICI A CONFRONTO	120
4. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO PENALE ITALIANO	124
5. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO CIVILE ITALIANO	136
CAPITOLO QUARTO	151
IL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO	151
1. PREMESSA INTRODUTTIVA	151

2. LA NOZIONE DI DISCREZIONALITÀ TECNICA: PER UNA RICOSTRUZIONE STORICO-EVOLUTIVA DELLA CATEGORIA	152
3. IL SINDACATO GIUDIZIALE SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA: DALLA TRADIZIONE ALL'INNOVAZIONE	165
4. IL MODELLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: IL CASO DELL'AUTORITÀ ANTITRUST	178
<u>CAPITOLO QUINTO</u>	189
IL "FATTO TECNICO-SCIENTIFICO" NEL PROCESSO COSTITUZIONALE	189
1. PREMessa INTRODUTTIVA	189
2. IL RILIEVO DEL DATO TECNICO-SCIENTIFICO NEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE	190
3. L'ACCERTAMENTO DEL FATTO SCIENTIFICO: POTERI E STRUMENTI	199
4. LE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI: CASI E PROBLEMI	212
<u>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</u>	223
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	235

Dedicato alla mia mamma, Rita

INTRODUZIONE

Che la scienza e la tecnica abbiano conseguito un potere di trasformazione sui rapporti *intra*, *inter* ed *extra* umani incomparabilmente superiore rispetto alle epoche precedenti è un dato difficilmente controvertibile: l'ingresso della società nell'era postindustriale e delle culture nell'età postmoderna ha infatti determinato una radicale trasformazione della natura del sapere, che ha cessato di legittimarsi quale fonte di "verità" e "giustizia" per divenire una "merce-informazione indispensabile alla potenza produttiva", così rappresentando "una delle maggiori poste, se non la più importante, della competizione mondiale per il potere"¹.

Ciò ha indotto qualcuno a prefigurare – non senza preoccupazione – l'avvento di un mondo governato da un sapere tecnico-scientifico che obbedisce al paradigma di una potenza ed efficienza fini a se stesse, all'esclusivo servizio delle logiche di mercato e degli interessi economico-finanziari.

Senza inoltrarci in un dibattito estremamente complesso che ha impegnato le coscienze più avvertite del nostro tempo e che trova in altra sede migliore occasione di essere indagato, si può senz'altro convenire sul fatto che il sapere tecnico-scientifico rappresenta oramai un potere tanto saldamente radicato all'interno delle nostre società, quanto sovente sottratto al circuito della legittimazione democratica.

Occorre in tal senso rilevare che se, da un lato, il sapere tecnico-scientifico reca in sé straordinarie potenzialità euristiche e gnoseologiche, dall'altro, proprio per la sua

¹ J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano, Feltrinelli, 1987, 14. In tal senso, è stato affermato che la forza del diritto è destinata a soccombere dinanzi alle capacità della tecnica, trasformandosi da regola in regolato, giacché nella platea delle forze che mirano a controllare il divenire, quali l'economia, la politica, il diritto, la cultura, la morale e la religione, la tecnica "è la più potente perché è destinata a diventare lo scopo delle forze che ancora si illudono di servirsene come mezzo", sicché la sua dominazione appare, oramai, un fenomeno inarrestabile e inevitabile (E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998, 42). In senso difforme, è stato invece osservato che la tecnica, in quanto potenza vuota di fini – pertanto inidonea a rispondere ai tre fondamentali interrogativi che scuotono il legislatore, il cittadino e il giudice, ossia rispettivamente cosa prescrivere, come comportarsi, come decidere – debba essere utilizzata dal diritto in funzione servente al raggiungimento dei fini imposti dalla volontà politica (N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma – Bari, Laterza, 2001, 4 ss).

‘indifferenza’ alla dimensione politico-rappresentativa, rischia di sovvertire alcuni dei principi costituzionali che poggiano a fondamento dei moderni stati democratici.

A ciò deve aggiungersi che l’incessante accelerazione del progresso tecnico-scientifico ha ora un impatto sociale assai maggiore che in passato, investendo individui e istituzioni con una rapidità e una pervasività sconosciute sino a mezzo secolo fa, al punto da ridefinire i confini del reale e del possibile: si pensi, ad esempio, al ruolo determinante assunto dal test del DNA nell’individuazione dei responsabili di crimini efferati, oppure alla complessa vicenda normativa e giurisprudenziale della procreazione medicalmente assistita.

Trova così giustificazione il rinnovato interesse che la riflessione giuridica ha in tempi recenti rivolto al controverso rapporto tra le istituzioni democratiche e il progresso tecnico-scientifico, il quale impone forse al giurista di riponderare il proprio approccio alle categorie dogmatiche tradizionali, da taluni giudicate non più idonee ad assolvere adeguatamente alla propria funzione regolativo-descrittiva.

La presente indagine muove dallo sfondo sopra tratteggiato per descrivere lo stato delle relazioni tra il potere giudiziario e il sapere specialistico e coglierne – se possibile – le linee di sviluppo, allo scopo di verificare la tenuta del modello disegnato dal Costituente nell’impatto con il progresso tecnico-scientifico. Più precisamente, la nostra ricerca ambisce a comprendere e a valutare se e come le *conoscenze esperte*² che entrano nel processo rischino di provocare uno scivolamento del momento decisivo all’esterno del giudizio, determinando una trasfigurazione del ruolo del giudice, nei fatti sovente costretto a (o responsabile di) adeguarsi passivamente agli esiti di indagini peritali di cui, in qualità di *peritus peritorum*, dovrebbe valutare la validità e l’attendibilità sul piano tecnico-scientifico.

Assumendo l’art. 101 Cost. quale punto di partenza e di arrivo dell’intera ricerca, si è voluto condurre uno studio che consentisse di cogliere il rapporto tra il potere giudiziario e il sapere tecnico-scientifico nel suo concreto atteggiarsi nel perimetro elettivo di azione del giudice: il processo. Tale opzione ha imposto l’adozione di un metodo di analisi di tipo *induttivo*, atto ad approdare a conclusioni di carattere

² L’espressione “conoscenze esperte” rappresenta una locuzione tecnica impiegata diffusamente nella letteratura processualista, sia nazionale sia statunitense, che si è scelto in questa sede di adottare per indicare appunto il patrimonio conoscitivo specialistico, tecnico e/o scientifico, che viene acquisito nel processo attraverso la mediazione dell’esperto.

sistematico sulla base di un'attenta osservazione empirica delle peculiarità proprie di ciascuno dei contesti processuali di volta in volta esaminati. Così definito il campo di indagine, non mette conto sottolineare come alla prospettiva 'fenomenica' qui assunta poco avrebbe giovato il ricorso a categorie descrittive attinte alle scienze politiche e sociali, che pure si sono largamente e con successo applicate allo studio del ruolo assunto dal giudice nei processi di trasformazione nazionali e sovranazionali.

La scelta di calarsi all'interno del processo – la sede naturale nella quale il giudice è chiamato a confrontarsi con le sfide imposte dal progresso tecnico-scientifico – postulava inoltre un approccio sistematico che desse ragione di un fenomeno complesso e proteiforme: trova così giustificazione un ulteriore predicato che ha contraddistinto il metodo utilizzato, l'*interdisciplinarietà*. La presente ricerca ambisce infatti a coniugare la dimensione verticale con quella trasversale, al fine di intersecare ciascun ambito disciplinare rilevante ai fini che qui interessano, nell'intento di comporre una base conoscitiva ampia e dettagliata e di assegnare unità a una tematica – in sé non nuova alla riflessione giuridica – che tuttavia è stata sinora esaminata secondo una prospettiva di indagine propria di ciascuno dei versanti disciplinari da cui il fenomeno è stato osservato: quello penalistico e processualpenalistico, quello civilistico e processualcivilistico, quello amministrativistico e quello costituzionalistico. In questo ultimo ambito, il rapporto tra diritto e scienza è stato oggetto di studio prevalentemente sul fronte della regolazione legislativa, nonché degli approdi della giurisprudenza costituzionale, soprattutto in materia di bioetica e di biotecnologie.

Con queste premesse, si vorrebbe ora procedere alla illustrazione della struttura che caratterizza la presente tesi dottorale, idealmente suddivisibile in due parti: la prima, che abbraccia il capitolo primo e il capitolo secondo, è imperniata sullo studio della funzione giudiziaria nel suo *dover essere* secondo una duplice direttrice di matrice storico-costituzionalistica e dogmatico-processualistica; la seconda, che si snoda nei capitoli terzo, quarto e quinto, è dedicata all'indagine dell'*essere* e dunque all'osservazione delle emergenze fenomeniche più emblematiche e dibattute dell'interazione tra il giudice e il dato tecnico-scientifico nelle singole realtà processuali del nostro ordinamento giuridico.

Il primo capitolo si propone di ricostruire lo statuto assiologico del potere giudiziario nel suo momento genetico, a partire cioè dai lavori della Sottocommissione e dell'Assemblea costituente; nel corso di tale breve ricognizione, particolare attenzione verrà prestata all'art. 101 Cost., che rappresenta l'architrave attorno al quale è stato edificato l'impianto dell'intero lavoro di ricerca. Si ritiene infatti che l'ingresso del sapere tecnico-scientifico nell'agone processuale possa incidere su alcune delle garanzie costituzionali poste a presidio del potere giudiziario, ragione per cui si tenterà di comprendere se la predetta norma debba essere interpretata in senso *evolutivo*, nei termini che verranno precisati nelle conclusioni. Ad avviso di chi scrive, tale premessa storica si rivela indispensabile per cogliere la complessità delle interazioni tra funzione giurisdizionale e sapere tecnico-scientifico, giacché solo muovendo dalla sua 'conformazione genetica' sarà possibile comprendere le torsioni cui il potere giudiziario è sottoposto nell'era del progresso tecnico-scientifico.

Così definite le coordinate costituzionali entro le quali si iscrive il tema in esame, si è scelto di dedicare il secondo capitolo ad uno studio teorico della funzione giudiziaria nell'intento di sciogliere alcuni nodi dogmatici di estremo rilievo ai fini che qui interessano. Si imponevano infatti alcune considerazioni preliminari di carattere teorico-sistematico, funzionali a cogliere e a rappresentare le tre fondamentali dimensioni dell'agire giurisdizionale: quella *soggettiva*, concernente la nozione di giudice e le fonti di legittimazione della giurisdizione; quella *oggettiva*, attinente al processo e alle sue finalità; quella *metodologica*, relativa alla struttura del ragionamento che il giudice impiega per pervenire al risultato del proprio *ius dicere*, ossia la decisione. Adottando dunque una chiave di lettura articolata nella triade *giudice - processo - decisione*, si tenterà di stabilire, da un lato, quali siano il fine ultimo a cui tende il giudizio e l'orizzonte cognitivo ed epistemologico entro cui si dispiega l'attività del giudice, e dall'altro, quale sia la struttura del ragionamento decisorio – e in particolare probatorio – e come esso debba trovare adeguata e razionale giustificazione nella motivazione posta a fondamento della decisione.

Tale premessa di teoria generale del diritto, del processo e delle prove, lungi dal perseguire intenti puramente speculativi, è infatti apparsa a chi scrive essenziale al fine di comprendere se e come il sapere tecnico-scientifico interagisca con le categorie logico-giuridiche che orientano il giudice nell'esercizio della propria attività, nonché

propedeutica all'introduzione del tema dell'uso probatorio della scienza, giacché – come si vedrà nel corso della trattazione – le cognizioni tecnico-scientifiche solitamente accedono nel processo mediante i mezzi istruttori o mediante i mezzi di istruzione probatoria.

Esaurita, dunque, la disamina del potere giudiziario sotto il profilo storico e sotto il profilo dogmatico, la seconda parte della tesi è dedicata eminentemente alla riflessione intorno alle relazioni tra il giudice e il sapere esperto. In aderenza alle premesse metodologiche sopra esposte, si è scelto di analizzare il fenomeno in oggetto assumendo quattro specifici campi di indagine empirica: il processo penale, il processo civile, il processo amministrativo e il processo costituzionale.

Nella consapevolezza di non poter svolgere una trattazione esaustiva delle manifestazioni che il dato tecnico-scientifico genera in ciascuno dei predetti contesti processuali, si è scelto di dare rilievo alle ipotesi che – ad avviso di chi scrive – apparivano maggiormente rappresentative ai fini dell'analisi che qui si conduce.

Il terzo capitolo, ove si introduce per la prima volta in chiave sistematica e comparata il tema dell'impatto del progresso tecnico-scientifico sulla realtà ordinamentale e processuale, è dedicato al processo ordinario. Si è scelto di compiere un'indagine intorno alla valutazione della prova scientifica nel processo penale e nel processo civile, al fine di verificare, da un lato, come le cognizioni tecnico-scientifiche vengano acquisite e utilizzate nel processo e, dall'altro, come il giudice, nella sua veste di *peritus peritorum*, possa nei fatti svolgere un controllo sulla validità e sulla attendibilità scientifica degli esiti delle perizie e delle consulenze tecniche disposte per acquisire quel sapere specialistico che egli tipicamente non possiede e che si rivela tuttavia decisivo ai fini della risoluzione della controversia.

All'esito di tale indagine, basata sulla ricostruzione critica dei più significativi – e controversi – orientamenti della giurisprudenza di legittimità in materia di prove scientifiche, sarà possibile individuare alcuni primi nodi problematici che si celano tra le pieghe della disciplina processuale, i quali inducono il costituzionalista ad avanzare alcune perplessità intorno alle ricadute sistematiche dei meccanismi tecnici che governano gli istituti della perizia e della consulenza tecnica.

Il quarto capitolo è dedicato al processo amministrativo, il quale – come è noto – presenta una fisionomia ben distinta dal processo ordinario: ciò si riflette

inevitabilmente tanto sulla natura e sull'ampiezza del sindacato giudiziale, quanto sull'oggetto su cui quest'ultimo si appunta.

Premesso che il tipo di sapere specialistico che viene in rilievo nel processo amministrativo è di tipo prevalentemente *tecnico*, dovendo con questa locuzione intendersi quel patrimonio di conoscenze esperte che rappresentano la proiezione pratico-applicativa delle scienze esatte, si è scelto di condurre un'indagine intorno al sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, che rappresenta la manifestazione più interessante dell'interazione tra giudice e sapere tecnico nell'ambito del processo amministrativo. Più precisamente, si è inteso sviluppare una riflessione rivolta ad approfondire tre specifici profili: l'evoluzione interpretativa della nozione di discrezionalità tecnica, il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica a mente della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il modello delle Autorità amministrative indipendenti, con particolare riferimento al sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust, quale archetipo delle dinamiche sinora tratteggiate.

In conclusione, l'ultimo capitolo è diretto a comprendere se e come il progresso scientifico e tecnologico incida sull'attività del giudice delle leggi.

A tal fine, si è ritenuto necessario offrire innanzitutto una breve ricognizione dello stato dell'arte, volta ad illustrare l'approccio sinora adottato dalla Corte costituzionale dinanzi alle questioni scientifiche alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale; si è proceduto quindi all'individuazione degli strumenti tecnici a disposizione del giudice delle leggi nell'ipotesi in cui si avveda di non possedere le conoscenze specialistiche necessarie per lo svolgimento del proprio sindacato di legittimità costituzionale; sono state infine prese in esame alcune vicende giurisprudenziali in cui la Corte è stata chiamata a verificare l'attualità e la ragionevolezza dei presupposti tecnico-scientifici delle norme oggetto del proprio controllo di costituzionalità, scegliendo (o meno) di azionare i propri poteri conoscitivi.

Le considerazioni conclusive sono dedicate, da un lato, a delineare gli scenari evolutivi in atto a fronte delle tendenze – più o meno convergenti – registrate all'esito dell'indagine empirica e, dall'altro, ad illustrare le linee di intervento giudicate da chi scrive come le più idonee ad assicurare la stabile permanenza del fenomeno indagato all'interno del sistema dei poteri costituzionali entro il quale esso deve dispiegarsi, pena lo svuotamento dei principi sugellati dal Costituente nell'art. 101 Cost.

CAPITOLO PRIMO

POTERE GIUDIZIARIO E GARANZIE COSTITUZIONALI

1. Premessa introduttiva. 2. Il potere giudiziario nei lavori della Seconda Sottocommissione. 3. Le soluzioni accolte dall'Assemblea costituente e l'attuazione costituzionale. 4. I principi costituzionali sul potere giudiziario. 4.1. L'art. 101 della Costituzione: la genesi storica della norma costituzionale. 4.2. L'amministrazione della giustizia in nome del popolo e la soggezione del giudice soltanto alla legge. 4.3. Il giudice e la sua indipendenza.

1. Premessa introduttiva

Come anticipato nell'introduzione, il primo capitolo del presente lavoro si pone l'obiettivo di indagare la conformazione del potere giudiziario a partire dai testi dei progetti di riforma, dai verbali delle sedute della Seconda sottocommissione e dalle discussioni svoltesi in seno all'Assemblea costituente, i quali costituiscono indubbiamente la prima e più ricca fonte di ogni studio che ambisca a scolpire i contorni della funzione giurisdizionale. Si è infatti ritenuto che una breve ricognizione delle garanzie costituzionali che presidiano il potere giudiziario rappresenti il presupposto necessario e imprescindibile per comprendere se e come il sapere tecnico-scientifico rischi di provocare uno scivolamento del momento decisorio all'esterno del processo.

Tale indagine storica, lungi dal perseguire un intento didascalico, consentirà peraltro di cogliere il profondo desiderio di rinnovamento dell'ordinamento giuridico che percorre il lavoro della Costituente, la quale, reagendo al precedente periodo fascista, si propone di restaurare un paradigma di legalità, di libertà e di pluralismo.

Individuate le soluzioni accolte nel passaggio dalla Sottocommissione alla Costituente, il lavoro si concentrerà sul momento attuativo della Costituzione, così da evidenziare le difficoltà emerse nella fase di invero dei precetti costituzionali.

Infine, si condurrà uno studio analitico dei principi costituzionali che disciplinano il potere giudiziario – come interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale – al fine di delineare lo statuto assiologico della funzione giurisdizionale, come delineato nella Carta costituzionale. In tal senso, particolare attenzione verrà riservata alla vicenda che ha condotto alla formulazione dell'art. 101 Cost., in quanto tappa fondamentale per la retta interpretazione delle due proposizioni

che ne formano il contenuto, nonché agli artt. 104 e 107 Cost., i quali sanciscono il principio dell'indipendenza, esterna e interna, del giudice.

2. Il potere giudiziario nei lavori della Seconda Sottocommissione

Come è noto, l'Assemblea costituente nacque dalle ceneri della dittatura fascista, la cui "sensibilità antidemocratica" fu definita da Leone "perfetta ed esasperata"¹. In un simile contesto, quello giudiziario fu senza dubbio il potere dello Stato che risentì il maggiore pregiudizio dal progressivo annichilimento delle garanzie democratiche, al punto da tramutarsi in strumento di conservazione dei privilegi dei poteri forti². D'altra parte, già nel periodo liberale il potere esecutivo aveva svolto un controllo penetrante sull'attività dell'apparato giurisdizionale, il quale dipendeva direttamente dal sovrano, unica ed esclusiva fonte di emanazione della giustizia³: si tendeva infatti a concepire il potere giudiziario come una mera articolazione della pubblica amministrazione, del tutto privo di autonomia e di indipendenza in quanto subordinato alla volontà di un rappresentante del potere esecutivo, il Ministro della Giustizia⁴. Quest'ultimo dirigeva, ad esempio, l'attività del pubblico ministero, il

¹ A.C., sed. pom. 14 novembre 1947, 3878. Secondo Maranini, il fascismo costituì la fisiologica esasperazione del declino dello Stato liberale (G. MARANINI, *Il mito della Costituzione*, Roma, Ideazione, 1996, 46).

² Nel discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena, tenuto il 13 novembre 1921, Pietro Calamandrei, allora docente di "diritto giudiziario", individuava quattro "tortuose vie [...] che la politica segue per far sentire il suo influsso sull'amministrazione della giustizia" attentando al principio di separazione dei poteri: la dipendenza del pubblico ministero dal Ministro della giustizia, la frequenza di atti governativi che annullano *ex post* gli sforzi compiuti dagli organi giurisdizionali per la repressione degli illeciti civili e penali, il diffuso servilismo della magistratura finalizzato al potenziale ottenimento di progressioni di carriera e le giurisdizioni speciali. Al fine di combattere tali esiziali tendenze, Calamandrei proponeva, tra le altre, la soluzione dell'autogoverno della magistratura (P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Morano, Napoli, 1966, 195 ss.).

³ L'art. 68 dello Statuto albertino stabiliva che "La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce". Per maggiore approfondimento, v. M. PIETROPOLLI, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria in Italia e in Francia*, in *Diritto e società*, 1/2008, 68 ss.

⁴ Nella premessa introduttiva del progetto presentato dall'on. Patricolo per il Partito dell'Uomo qualunque, il costituente denuncia la completa subordinazione della magistratura al potere esecutivo, affermando che "malgrado la proclamazione di rispetto della sua autonomia [essa] è stata asservita ai Governi e per essi ai Capi di Stato". In tal senso, egli non risparmia parole dure alla disciplina statutaria, la quale, seppure accolse il principio pluralista, trascurò in modo evidente il potere giudiziario. E questo perché la monarchia volle riservarsi «la prerogativa reale» dell'amministrazione della giustizia, ponendola alle dipendenze del potere esecutivo di

quale era considerato alla stregua di un suo rappresentante presso l'autorità giudiziaria⁵. In questo modo, il Governo riusciva a controllare e addirittura ad orientare l'esercizio dell'azione penale per la repressione di reati, quasi mai peraltro ascritti ad esponenti del ceto politico dominante o della pubblica amministrazione⁶. Frequenti erano, altresì, le nomine politiche dei magistrati, selezionati in base al grado di compiacenza all'indirizzo governativo⁷.

In siffatto contesto, non stupisce che neppure l'attribuzione, operata delle leggi Orlando⁸, ad un organo di "autogoverno" quale il Consiglio Superiore della Magistratura di funzioni consultive e deliberative fosse riuscita ad arginare il condizionamento esercitato dal potere politico sull'amministrazione della giustizia. Da un punto di vista strutturale, il regime fascista, senza soluzione di continuità rispetto allo Stato ottocentesco, si limitò a portare a maturazione "un'inclinazione autoritaria già presente *in nuce* durante il periodo liberale"⁹, determinando una sistematica erosione delle modeste guarentigie riconosciute alla magistratura dall'ordinamento statutario, il quale, sebbene mai formalmente sospeso, fu costretto in una "gabbia di leggi fasciste"¹⁰ e reso di fatto inoperante. Occorre, peraltro, rammentare che detto assoggettamento della magistratura alla volontà espressa dall'indirizzo governativo non trovò, almeno nella fase iniziale dell'esperienza fascista, particolare resistenza nei diretti interessati, i quali, in ragione di una tendenziale omogeneità sociale e culturale con il ceto politico dominante, si allinearono alle istruzioni promananti dal Governo¹¹.

Posta questa breve premessa, l'Assemblea costituente eletta il 2 giugno 1946 fu costretta a farsi carico di una pesante eredità, assumendo il compito di scolpire i

cui il re era a capo (F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario, Appendice*, Padova, Cedam, 1982, 295 ss.).

⁵ G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto*, 1972, II, 597.

⁶ G. NEPPI MODONA, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in *Quaderni di Sociologia*, 37/1993, 8.

⁷ L. CHIEFFI, *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettiva di riforma*, Napoli, Jovene, 1998, 8.

⁸ V. R.D. 14 luglio 1907, n. 511 e R.D. 24 luglio 1908, n. 438. Per maggiore approfondimento, vedi *infra*.

⁹ L. CHIEFFI, *op. cit.*, 11.

¹⁰ U. TERRACINI, *Come nacque la Costituzione*, Roma, Editori riuniti, 1978, 23.

¹¹ G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, cit., 575 ss.

lineamenti costituzionali di un potere giudiziario finalmente affrancato dalla soggezione al potere politico, così contribuendo alla definitiva transizione verso un modello istituzionale di tipo liberaldemocratico.

Entrando ora nel merito del dibattito, vale la pena rammentare che la cosiddetta Commissione dei Settantacinque affidò alla seconda sezione della Seconda sottocommissione il compito di predisporre il testo relativo alla disciplina della magistratura e della Corte costituzionale. In quella sede, furono presentati tre distinti progetti sul potere giudiziario, predisposti da Calamandrei per il Partito d'Azione, da Leone per la Democrazia Cristiana e da Patricolo per l'Uomo qualunque¹². Un ulteriore progetto fu poi sviluppato da una Commissione ministeriale composta da magistrati della Cassazione, nominata dal Ministro della Giustizia¹³. Invero, tali progetti furono preceduti dalla relazione sulla "Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana"¹⁴ elaborata da Torrente quale rappresentante della prima commissione, nominata dal Ministro per la Costituente Nenni, per lo studio preliminare delle questioni generali che l'Assemblea costituente avrebbe dovuto affrontare¹⁵.

I lavori della Seconda sottocommissione si svilupparono nell'arco di tredici adunanze: dalla seduta di giovedì 5 dicembre 1946 alla seduta di lunedì 27 gennaio 1947. La discussione che impegnò i componenti della sottocommissione fu caratterizzata da estrema vivacità e da straordinaria accuratezza, coniugate ad un'alta competenza tecnico-giuridica, giacché – come scrisse Calamandrei – “[...] le

¹² Nel corso della discussione tenutasi in seno alla seconda sottocommissione, l'on. Patricolo fu sostituito dall'on. Castiglia, il quale, proprio in apertura della prima seduta della seconda sottocommissione, dichiarò che avrebbe esposto in sintesi le tesi principali contenute nella relazione dell'assente Patricolo.

¹³ Tale testo, a fronte dell'autorevolezza e della specchiata fama dei redattori, fu un importante punto di riferimento per i costituenti, in quanto espressione qualificata degli intendimenti prevalenti all'interno della magistratura italiana (A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (I parte): il dibattito nella Commissione dei Settantacinque*, in *Diritto e società*, 2/1997, 172).

¹⁴ Tale relazione evidenziava tra le altre: la necessità di costruire un vero e proprio potere giudiziario, eliminando il modello della giustizia delegata contenuto nello Statuto Albertino; l'esigenza di rendere il giudice sottoposto soltanto alla legge e come tale indipendente; l'importanza di parificare il p.m. al giudice; l'opportunità di conferire al CSM ogni potere di governo della magistratura nonché di selezionare i magistrati tramite concorso, così da eliminare ogni residua forma di condizionamento da parte del potere politico (L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973, 161 ss.).

¹⁵ A. GUSTAPANE, *op.cit.*, 158-159.

commissioni siedono in permanenza senza rispettare né le otto ore né il riposo festivo; e [che] se un rimprovero si può fare a quei valentuomini che le compongono, non è quello della pigrizia e della negligenza, ma casomai quello del troppo impegno e dell'eccessivo scrupolo di precisione che li ha indotti talvolta a discutere intere giornate, e magari parte della notte, delle priorità di una parola o delle collocazioni di una virgola”¹⁶.

A ben vedere, il dibattito gravitò prevalentemente intorno al progetto predisposto da Calamandrei, il quale, pur avendolo già strutturato in articoli, intendeva con esso porre soltanto una *base di discussione*, “cioè una enunciazione di problemi concreti, la cui portata pratica si scorge più chiaramente quando si cerchi, come qui si è tentato, di racchiuderne la soluzione in formule di legge”¹⁷. Ad avviso dello stesso relatore¹⁸, tale articolato si prestava ad essere così suddiviso: un primo gruppo di articoli (artt. 1-11) comprendeva i principi generali, le norme sulla natura giuridica e politica del potere giudiziario e sui rapporti con gli altri poteri dello Stato; un secondo

¹⁶ P. CALAMANDREI, *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, III, 1947, 1-8.

¹⁷ Per il testo integrale del progetto di riforma, intitolato “Potere giudiziario e Suprema Corte costituzionale”, v. F. RIGANO, *op. cit.*, 263 ss. A ben vedere, tale progetto ripropone le conclusioni della “Relazione sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale” presentata dallo stesso Calamandrei nella Commissione Forti qualche mese prima (maggio 1946). Indubbiamente, l’impegno scientifico che Calamandrei profuse nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente determinò una forte maturazione della sua elaborazione teorica, che lo condusse ad abbracciare un modello di legalità sempre meno legato alla dimensione formalistica propria dello Stato di diritto e sempre più attento ai profili sostanziali (sul tema della legalità, v. M. CAPPELLETTI, *La “politica del diritto” di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 255 ss.). Si determinò, cioè, il passaggio dal paradigma della legalità formale a quello della legittimità costituzionale propria dello Stato sociale, che impone al legislatore “di rispettare non solo le norme ma anche i valori espressi da una costituzione scaturita dalla volontà popolare” (E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 4). Il problema che scuote l’ultimo Calamandrei è proprio quello di “trasformare la democrazia politica in democrazia sociale”, garantendo la supremazia della Costituzione ed assicurando la protezione non solo dei diritti individuali di libertà, ma anche dei diritti sociali (v. B. CARAVITA, *Il principio di legalità fra legge e Costituzione in Piero Calamandrei*, in *Diritto e società*, 3/1982, 536). Come scrisse lo stesso Calamandrei, il giurista è chiamato ad operare affinché “la legalità riesca ad essere, più che strumento di conservazione, strumento di rinnovamento sociale, capace di guidare il mondo, senza nuove catastrofi, verso il chiarore della giustizia che spunta” (P. CALAMANDREI, *Crisi della motivazione*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, 677).

¹⁸ Seduta 5 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione, Seconda sezione (Potere giudiziario)*, reperibili sul sito istituzionale della Camera dei Deputati all’indirizzo http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre_sezionism%2F304%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F.

gruppo (artt. 12-15) era dedicato al problema cruciale della unicità della giurisdizione; il terzo e ultimo (artt. 16-26) poneva il tema fondamentale dell'autogoverno della magistratura.

Il progetto presentato da Calamandrei si sviluppava intorno ad alcuni assi nevralgici, primo fra tutti il principio della statualità della giurisdizione, intesa come esclusiva titolarità del potere giudiziario in capo allo Stato, che lo esercitava attraverso giudici indipendenti e precostituiti (art. 1). In secondo luogo, si affermava il principio di indipendenza funzionale dei giudici¹⁹, i quali dovevano dipendere unicamente dalla legge²⁰, da interpretare e applicare alle fattispecie concrete “secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione” (art. 2)²¹. Calamandrei codificava poi il principio del giudice naturale e il connesso divieto di istituire tribunali

¹⁹ Anche il progetto dell'on. Patricolo, intitolato “Potere giudiziario e Suprema Corte costituzionale”, conteneva importanti enunciazioni in riferimento al tema dell'indipendenza della magistratura. Nella premessa introduttiva del testo da lui presentato nella seconda sottocommissione, si afferma infatti che “l'indipendenza del potere giudiziario, inserita nell'ordinamento costituzionale di uno Stato, è la migliore garanzia dell'attuazione della giustizia”. Ad avviso dell'esponente del Partito dell'Uomo qualunque, il potere giudiziario, benché privo di connotazione politica, risulta coesistente alla sovranità statale, che si esplica anche attraverso la funzione giurisdizionale. Di talché “l'indipendenza del potere giudiziario va considerata come il corollario della supremazia della legge” (v. F. RIGANO, *op. cit.*, 297). Non sorprende, pertanto, che il suo progetto di riforma esordisca proprio con un articolo nel quale si afferma che “Il potere giudiziario è indipendente da ogni altro potere dello Stato” (art. 1).

²⁰ Calamandrei (sed. 13 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 30) avverte la necessità di positivizzare il principio della dipendenza del giudice alla legge, giacché – a suo avviso – tale principio riveste una notevole importanza non solo pratica ma anche teorica, soprattutto in relazione a quegli ordinamenti giudiziari in cui il giudice non è vincolato alla legge, essendo piuttosto chiamato a decidere caso per caso. Viene, in questo senso, citato l'esempio di quanto accadeva nei primi anni della rivoluzione russa, in cui il giudice era selezionato sulla base della sua sensibilità politica e della sua sensibilità proletaria, e non già per la sua cultura giuridica. Anche il progetto di riforma presentato dalla Commissione ministeriale reca una disposizione rivolta specificamente ad affermare l'assenza di alcun vincolo di subordinazione in capo ai magistrati, i quali debbono essere tenuti esclusivamente all'osservanza della legge (art. 13).

²¹ A ben vedere, anche l'on. Leone era favorevole al paradigma della soggezione del giudice soltanto alla legge, funzionale alla delimitazione dei suoi poteri: si intendeva cioè vincolare il giudice all'interpretazione della legge nel suo significato più rigoroso ed ortodosso. In occasione della seduta del 17 dicembre 1946, Leone affermava infatti che “il giudice deve essere servitore soltanto della legge e di conseguenza conservatore in tal senso: interpretare, cioè, la legge secondo i fini per i quali è stata emanata”, per concludere che “non si può, in altre parole, ammettere il cosiddetto diritto libero, dando al giudice la facoltà di sovrapporre la sua coscienza politica – in senso lato – alla interpretazione della legge, che più non si presta alle nuove esigenze” (*Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 45).

straordinari (art. 5), nonché il principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 7).

Punto cardinale dell'elaborazione dell'illustre processualcivilista fu poi – come anticipato – il principio della unicità della giurisdizione (art. 12), a dire che l'amministrazione della giustizia, in materia civile, penale e amministrativa, doveva essere affidata esclusivamente ad organi previsti e disciplinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario, cioè i giudici ordinari²². Laddove si fosse manifestata la necessità, per determinate materie, di accompagnare al giudizio l'elemento tecnico, la soluzione andava rinvenuta nella creazione di sezioni specializzate incardinate nell'ordinamento della magistratura ordinaria²³, con la partecipazione di magistrati specializzati nelle materie sulle quali era richiesta una conoscenza specifica oppure di cittadini esperti, temporaneamente investiti di funzioni giudiziarie, nel rispetto di un limite numerico che stornasse ogni pericolo di compromissione del principio della unicità della giurisdizione e dell'indipendenza stessa della magistratura. Il paventato rischio di una soggezione del potere giudiziario al sapere tecnico-scientifico era così scongiurato attraverso la cooptazione di esperti provenienti dalla società civile e rivestiti della toga. Va inoltre rilevato che a corollario della strutturazione del potere giudiziario concepita da Calamandrei vi era la previsione di una Cassazione unica²⁴, collocata al vertice dell'ordinamento giudiziario e istituita “per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici”²⁵ (art. 12).

²² Seduta 17 dicembre 1946 in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit.

²³ Ad avviso di Calamandrei, la costituzione di sezioni specializzate non può in alcun modo attentare all'indipendenza della magistratura, giacché “in tali sezioni, pur essendo composte in parte di tecnici e di periti che non possono dare sufficiente certezza di indipendenza, la garanzia è data dalla presenza di magistrati ordinari” (sed. 18 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 50).

²⁴ Proprio sul punto dell'unicità della Corte regolatrice, la tesi propugnata da Calamandrei si scontrò con il modello proposto dall'on. Castiglia, che caldeggiava invece il ripristino delle Cassazioni regionali, modello quest'ultimo che non doveva trovare ostacolo nel timore di un potenziale attentato al principio dell'unicità della giurisdizione (sed. 6 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 12).

²⁵ Tale previsione riecheggia in modo evidente la formulazione dell'art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 sull'ordinamento giudiziario, il quale all'art. 65 stabilisce che “1. La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri

È ben evidente, d'altra parte, che il pericolo immediato da cui affrancare il giudice non era all'epoca quello di una soggezione al sapere specialistico, bensì al potere politico: saranno proprio tali preoccupazioni contro le ingerenze dell'esecutivo a modellare più vigorosamente le garanzie costituzionali che assistono il potere giudiziario.

Venendo infatti al “punto più delicato di tutta la materia, e cioè i rapporti tra la magistratura e il Governo”²⁶, il progetto predisposto da Calamandrei affermava e rivendicava con vigore l'autonomia dell'“ordine giudiziario”, il quale “provvede da sé, e senza alcuna ingerenza del potere esecutivo, al proprio governo” (art. 16). In questa direzione, venne fortemente valorizzato e potenziato il ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura, cui venivano attribuite le funzioni di provvedere all'amministrazione dell'ordine giudiziario e di vigilare sulla disciplina dei magistrati al fine di assicurarne l'indipendenza interna ed esterna. A tal fine, il giurista fiorentino si era fatto assertore della proposta che il Consiglio Superiore fosse composto esclusivamente da magistrati, così da impedire ogni forma di contiguità con gli esponenti del potere politico, quali il Presidente della Repubblica o il Ministro della giustizia, che avrebbero potuto ledere l'indipendenza dell'ordine²⁷.

Invero, proprio in riferimento all'autogoverno della magistratura, il testo presentato da Calamandrei recava – forse – un profilo di interna contraddittorietà laddove prevedeva l'istituzione di un procuratore generale “Commissario della giustizia” quale organo di collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato (art. 19). Tale figura sarebbe stata nominata dal Presidente della Repubblica tra i magistrati aventi il grado di procuratore generale di Corte d'appello o di Corte di cassazione all'interno di una terna proposta dalla Camera dei Deputati all'inizio di ogni legislatura. Si trattava, pertanto, di un organo che esprimeva ed incarnava la volontà del potere politico, al quale venivano riconosciute attribuzioni di primaria

compiti ad essa conferiti dalla legge. 2. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio dello Stato e su ogni altro territorio soggetto alla sua sovranità.

²⁶ Seduta 5 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 5.

²⁷ Nella medesima direzione si inseriva il testo di riforma predisposto dalla commissione ministeriale, che prevedeva l'attribuzione della presidenza del CSM al Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione. In senso contrario si schierava, invece, il progetto presentato dall'on. Leone, il quale suggeriva una composizione mista del CSM, togata e laica, nonché la presidenza in capo al Presidente della Repubblica, il quale, in quanto organo di garanzia, avrebbe assicurato l'equilibrio costituzionale.

rilevanza istituzionale e costituzionale quali la direzione, la vigilanza e il coordinamento degli uffici del pubblico ministero, l'esercizio dell'azione disciplinare, la partecipazione con voto consultivo al Consiglio Superiore della Magistratura, nonché la responsabilità dinanzi al Parlamento del buon andamento della magistratura. Ne discendeva quindi il rischio di una compromissione strutturale dell'integrità del potere giudiziario, minata dalle inframettenze e dalle interferenze di un soggetto esterno²⁸.

Sempre in relazione alla garanzia di autonomia dai condizionamenti esercitati dal potere politico, occorre poi segnalare un'ulteriore tematica su cui la discussione in seno alla seconda commissione fu vivacissima, ossia la qualificazione della natura delle funzioni svolte dal pubblico ministero. Secondo Calamandrei, quest'ultimo doveva essere configurato come un magistrato, sottoposto al principio di legalità e deputato a svolgere un'attività di carattere giurisdizionale. In senso contrario, il progetto proposto dall'onorevole Leone – intitolato “Potere giudiziario e Corte di garanzia costituzionale” – tendeva a ribadire il carattere di organo del potere esecutivo del pubblico ministero, con la conseguenza di delimitarne i poteri sottraendogli tutte le funzioni tipicamente giurisdizionali (art. 9)²⁹ e di assegnargli invece quelle legate alla promozione dell'azione penale, alla direzione della polizia (non solo giudiziaria), alla sorveglianza per l'applicazione delle leggi nonché alla esecuzione delle sentenze penali. Ad avviso di Leone, risultava infatti indispensabile costituire presso il potere giudiziario un organo del potere esecutivo che fungesse da momento di collegamento tra i due poteri³⁰.

²⁸ In questo senso, la prevalente dottrina ha sottolineato la difficile conciliabilità tra la posizione di Calamandrei sul pubblico ministero, di cui egli predica l'indipendenza e la esclusiva soggezione alla legge, con la supervisione del Commissario della giustizia (v., *ex multis*, A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Diritto e società*, 1/2006, 369).

²⁹ A ben vedere, anche parte della Commissione ministeriale si allineò all'impostazione teorica proposta dall'on. Leone, con la conseguenza di riconoscere la garanzia della terzietà ai soli organi giurisdizionali esercenti funzioni giudicanti e quindi di espungere il pubblico ministero dal potere giudiziario (A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 174).

³⁰ In occasione della prima seduta della sottocommissione, tenutasi il 5 dicembre 1946, l'on. Leone ebbe modo di precisare che il p.m. avrebbe potuto fungere “da tramite o organo di collegamento tra potere esecutivo e potere giudiziario: in quanto promotore dell'azione penale [...] e in quanto promotore del procedimento disciplinare a carico dei magistrati, il Pubblico Ministero [...] rappresenta presso il potere giudiziario l'organo di iniziativa e di controllo dello Stato” (*Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 8).

Da ultimo, Calamandrei ribadiva l'opportunità di adottare la modalità del concorso pubblico quale meccanismo di accesso alla magistratura³¹, concorso al quale sarebbero state ammesse – per la prima volta nella storia italiana – anche le donne³² (art. 20), nonché l'inderogabile necessità di garantire l'inaMOVibilità dei magistrati, sia giudicanti sia requiranti, sin dal momento della loro nomina (art. 23).

3. Le soluzioni accolte dall'Assemblea costituente e l'attuazione costituzionale

Il progetto di Costituzione licenziato dalla Commissione dei Settantacinque, modellato sulla versione predisposta da Calamandrei, fu discusso in Assemblea costituente nell'arco di ventitré sedute, dal 6 novembre al 5 dicembre 1947: la piattaforma preparata dai lavori della Seconda Sottocommissione, espressione di impostazioni dottrinali piuttosto che di ideologie partitiche³³, si sottoponeva dunque al vaglio della politica.

Nel corso della discussione, fatta eccezione per la figura del Commissario della giustizia e soprattutto per il principio dell'unicità della giurisdizione, le proposte formulate da Calamandrei furono accolte quasi integralmente. Invero, tale ampia condivisione fu conquistata con grande fatica, poiché i temi della giustizia provocarono una netta spaccatura tra cattolici, comunisti e socialisti³⁴. Calamandrei si trovò, infatti,

³¹ Afferma Calamandrei (seduta 5 dicembre 1946, in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 4) che nei paesi europei, dove esiste il sistema della legalità e dove il diritto è formulato e cristallizzato in leggi, il metodo elettivo sarebbe “un controsenso”. Il sistema migliore per la nomina dei giudici rimarrebbe piuttosto quello in vigore del concorso, il quale solo può accertare i requisiti tecnici e culturali indispensabili per il migliore espletamento delle funzioni giudiziarie.

³² A tal proposito, vale la pena di riportare le parole pronunciate da Calamandrei nel corso della seduta del 10 gennaio 1947 (in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 113) durante la quale egli si dichiarò favorevole a che le donne fossero ammesse negli uffici giurisdizionali “poiché esse hanno dato prova in tanti altri uffici in cui occorrono doti di raziocinio, di equilibrio e di spirito logico pari a quelle che occorrono nella giurisdizione”. Fu, tuttavia, necessario attendere la L. 9 febbraio 1963, n. 66 perché le donne venissero ammesse a partecipare al concorso in magistratura.

³³ A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (II parte): il dibattito in Assemblea plenaria*, in *Diritto e società*, 3/1997, 291.

³⁴ In un intervento del 4 marzo 1947, che Cheli definirà “una delle pagine più alte della nostra storia parlamentare” (E. CHELI, *op. cit.*, 6), Calamandrei esprime vividamente il significato del processo costituente e della nascente Costituzione, compendiandoli in tre aspetti fondamentali. In primo luogo, la funzione unificante della Costituzione, nata per unire e non per dividere, ossia per ricomporre l'unità e l'identità nazionale frantumate dall'esperienza fascista. In secondo luogo, la proiezione verso le generazioni future, da cui la famosa affermazione secondo

a scontrarsi su un duplice fronte: da un lato, quello rappresentato dal Partito Comunista, favorevole all'elezione popolare diretta della magistratura, in linea con le posizioni espresse in occasione del V Congresso del Partito; dall'altro, quello della Democrazia Cristiana, che pretendeva di sottoporre il pubblico ministero al controllo governativo³⁵. Sul primo fronte, Togliatti osteggiò in modo netto il pieno autogoverno della magistratura, dichiarandone la incompatibilità con l'ordinamento democratico e proponendo di affidare quantomeno la Vicepresidenza del Consiglio Superiore della Magistratura al Ministro della giustizia³⁶. Sul fronte democristiano, Leone ribadì il modello già proposto in sottocommissione di un pubblico ministero privo di funzioni giurisdizionali, che fosse espressione del potere esecutivo.

Invero, il momento di collegamento della magistratura con il potere politico venne rinvenuto non già nella elettività dei giudici o nella dipendenza governativa del pubblico ministero, bensì in un duplice compromesso: l'assegnazione, su proposta dell'on. Leone, della presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura al Presidente della Repubblica e la ri-conformazione dello stesso organo. Quest'ultimo sarebbe stato composto per 2/3 da membri togati e per 1/3 da membri laici, eletti dal Parlamento; inoltre, le funzioni del Ministro della giustizia si sarebbero ridotte all'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia e alla promozione dell'azione disciplinare.

All'interno del descritto dibattito, occorre segnalare la posizione assunta dalla magistratura associata³⁷, che si distinse per un atteggiamento nettamente conservatore e corporativo³⁸. L'Associazione nazionale dei magistrati mostrò, infatti, scarso apprezzamento per le posizioni di Calamandrei, soprattutto in relazione al tema

la quale la Costituzione deve essere "miope", non "presbite". Infine, il valore non solo giuridico ma anche pedagogico da riconoscere alla Carta costituzionale, nella quale sono racchiuse le basi di quelle "virtù repubblicane" su cui dovrà reggersi il nuovo ordinamento repubblicano (A. C. Atti. Discussioni, vol. III, Roma, 1947, 1743-1755).

³⁵ A. BARBERA, *op. cit.*, 371-372.

³⁶ P. TOGLIATTI, *Discorsi alla Costituente*, Roma, Editori Riuniti, 1973, 16.

³⁷ Ricostituitasi il 21 ottobre 1945. Per maggiore approfondimento sulla storia della magistratura associata, v. E. BRUTI LIBERATI, *L'associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione Magistrati*, Milano, Wolters Kluwer, 2009, 3 ss., reperibile sul sito istituzionale dell'ANM all'indirizzo <http://www.associazionemagistrati.it/doc/1513/cento-anni-di-associazione-magistrati.htm>.

³⁸ A. PIZZORUSSO, *Il pensiero di Calamandrei allora ed oggi, a trent'anni dalla sua scomparsa*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, cit., 191 ss.

dell'indipendenza interna all'ordine giudiziario, avanzando invece proposte alquanto ardite sotto il profilo dell'indipendenza esterna³⁹.

In definitiva, al di là delle differenti posizioni assunte in seno alla Costituente, emerse in modo chiaro la volontà delle forze politiche di riaffermare l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario così da ripristinare il diritto alla tutela giurisdizionale, da riconoscere e garantire a ciascun individuo in condizioni di parità e di uguaglianza. La Carta costituzionale mira in questo senso ad assicurare la protezione delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici e privati al fine di ristabilire la legalità e la libertà travolte dal fascismo.

A tale fine, risulta decisivo il riconoscimento della soggezione del giudice soltanto alla legge: come avrebbe poi autorevolmente stabilito la stessa Corte costituzionale, "la Costituzione, legando il giudice alla legge, vuole assoggettarlo non solo al vincolo di una norma che specificamente contempra la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti, e al rispetto degli effetti che ne desume; in tal caso, è sempre alla legge che il giudice si collega quando armonizza la sua decisione alle dette valutazioni"⁴⁰.

Ciò a dire che l'essenza della funzione giurisdizionale consiste proprio nella "interpretazione attualizzante" delle disposizioni normative, nelle quali sono positivizzate e dunque cristallizzate le valutazioni e le scelte di opportunità politica riservate alla discrezionalità del legislatore⁴¹.

Come affermato da autorevole dottrina, la soggezione del giudice alla legge impedisce che i giudici possano farsi portatori di programmi politici e presuppone che la selezione dei magistrati si svolga unicamente sulla base delle competenze tecniche dimostrate⁴². Corrispondentemente, spetterà al legislatore predisporre strumenti idonei ad assicurare l'obiettività della decisione del giudice⁴³: in questo senso, fondamentale diventa la garanzia dell'inamovibilità, finalizzata ad evitare che il giudice orienti la

³⁹ Si pensi, ad esempio, alla proposta del riconoscimento di immunità penali ai singoli magistrati, al pari dei parlamentari, avanzata dal magistrato democristiano Antonio Romano e dal liberale Giuseppe Perrone Capano (A.C., sed. 26 novembre 1947, 4116 ss.).

⁴⁰ Corte cost. 25 marzo 1970, n. 50.

⁴¹ A. GUSTAPANE, *op. ult. cit.*, 344-345.

⁴² R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. I, Padova, Cedam, 1995, 829 ss.

⁴³ Corte cost. 3 aprile 1969, n. 60. V. anche Corte cost. 25 marzo 1971, n. 72.

propria attività giurisdizionale in un senso o in un altro nell'ottica di ricevere ricompense o di scongiurare sanzioni per il suo operato. Del resto, l'art. 101, co. 2 Cost. esprime proprio "l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicarsi nel giudizio e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto"⁴⁴. In questo senso, la norma sopra richiamata diventerà la base legale più forte del principio di indipendenza del giudice⁴⁵.

A ben vedere, il progetto approvato dalla Costituente subirà alcuni ritardi nella sua fase di attuazione a causa di una duplice ragione⁴⁶: da un lato, l'"ostruzionismo di maggioranza" degli anni cinquanta, e dall'altro l'inerzia legislativa, che consentì la permanenza in vigore della legge sull'ordinamento giudiziario fascista, – il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 – seppure ampiamente novellato, sino al 2005⁴⁷. In un simile contesto, la Corte costituzionale svolse un ruolo fondamentale di invero del dettato costituzionale, contribuendo in modo decisivo nella determinazione dell'assetto del potere giudiziario.

Autorevole dottrina individua, in tal senso, tre singolarità dell'ordinamento giudiziario italiano: il raccordo diretto tra magistratura e Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura e l'indipendenza del pubblico ministero⁴⁸. Quanto al primo aspetto, occorre rammentare che fu proprio Calamandrei a teorizzare il modello della pregiudizialità costituzionale⁴⁹ e dunque il sistema del giudizio in via incidentale, che consentiva di creare una saldatura tra il singolo giudice e il giudice delle leggi⁵⁰. In relazione poi al Consiglio Superiore, deve rilevarsi che la creazione di

⁴⁴ Corte cost. 6 dicembre 1976, n. 234. V. anche Corte cost. 15 maggio 1974, n. 128.

⁴⁵ Per maggiore approfondimento, vedi *infra* paragrafo 4.2.

⁴⁶ A. BARBERA, *op. cit.*, 376-377.

⁴⁷ Il nuovo ordinamento giudiziario entrerà in vigore con la L. 25 luglio 2005, n. 150, c.d. riforma Castelli.

⁴⁸ A. BARBERA, *op. cit.*, 377 ss.

⁴⁹ In tal senso, si rinvia a P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1950.

⁵⁰ Si vedano, in tal senso, gli artt. 28, 29 e 30 del progetto di Costituzione da lui presentato in seno alla seconda sottocommissione, ove si delinea il paradigma del sindacato di costituzionalità in via incidentale (reperibili in F. RIGANO, *op. cit.*, 270-271). Si segnala, in particolare, l'art. 28 (rubricato "*Controllo in via incidentale*"), secondo cui "Qualora in un giudizio ordinario sia sollevato dalle parti o dal pubblico ministero (che può appositamente intervenire a tale scopo) o anche d'ufficio, la questione della incostituzionalità della legge da applicare al caso controverso, il giudice di qualunque grado, se la ritiene rilevante per la causa da decidere, la risolve in via incidentale con efficacia limitata al caso deciso. Può anche

organi preposti alla garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario è storicamente connessa all'affermazione del principio della separazione dei poteri⁵¹, su cui è fondato l'impianto delle moderne costituzioni liberali. In tal senso, la stessa Corte costituzionale ha definito il Consiglio Superiore della Magistratura come una "pietra angolare" dell'ordinamento⁵², il quale, non essendo collocato al vertice del sistema giudiziario⁵³ e non costituendo un'articolazione della pubblica amministrazione⁵⁴, è deputato a garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario nei confronti degli altri poteri dello Stato. Concezioni difformi sono state espresse in relazione alla posizione istituzionale del Consiglio Superiore, il quale è stato

sospendere il giudizio, fissando alla parte che ha sollevato la questione un termine per farla decidere dalla prima sezione della Suprema Corte costituzionale".

⁵¹ M. PIETROPOLLI, *op. cit.*, 65 ss. Secondo l'A., un esempio in tal senso è rappresentato dalla costituzione francese del 27 ottobre 1946, la quale, oltre ad apprestare una serie di garanzie per il potere giudiziario, istituì un organo di autogoverno della magistratura, il *Conseil supérieur de la magistrature*. Invero, l'A., operando una comparazione tra il sistema italiano e quello francese, esprime una valutazione assai critica rispetto all'effettivo grado di indipendenza e di autonomia di cui gode l'"Autorità giudiziaria" nell'ordinamento francese. Ciò, in primo luogo, a causa di una situazione di "arretratezza" dal punto di vista storico, a causa dell'esigenza del potere reale e dei governanti di esercitare un controllo pervasivo sulla giurisdizione, al punto da spingere la dottrina a formulare l'espressione "governo dei giudici". In secondo luogo, l'adattamento della teoria della separazione dei poteri all'ideologia politica del generale De Gaulle, che configurava l'autorità giudiziaria come un'articolazione specializzata del potere esecutivo. Dal punto di vista costituzionale, l'A. rileva poi come il testo costituzionale francese riconosca alla magistratura solo la garanzia dell'inamovibilità (art. 64, co. 4, Cost.), applicata solo ai magistrati che esercitano funzioni giudicanti, ossia i magistrati del *siège*; diversamente, i pubblici ministeri, ossia i magistrati del *parquet*, sono privati di questa fondamentale garanzia, dipendendo dalla volontà del potere esecutivo. Infine, proprio in relazione al ruolo del CSM, occorre segnalare che esso è definito come consiglio amministrativo, governativo o giurisdizionale - a seconda che si considerino la sua composizione o le sue funzioni - il quale partecipa all'amministrazione della carriera dei magistrati conservando, tuttavia, una posizione subordinata al governo. In questo senso, non stupisce che esso venga qualificato come organo di assistenza del Presidente della Repubblica nella funzione di garanzia dell'autonomia del potere giudiziario (art. 64 Cost.). La combinazione dei predetti fattori ha determinato un forte depotenziamento dell'autonomia della magistratura, di talché il giudice si configura piuttosto come un *fonctionnaire* intento a far carriera all'interno della gerarchia e sottoposto alle direttive politiche del Ministro della giustizia.

⁵² Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 4.

⁵³ In tal senso, v. Corte cost. 18 luglio 1973, n. 142. Secondo la Corte costituzionale, il CSM non sarebbe espressione del potere giurisdizionale, giacché la funzione di autogoverno non avrebbe natura direttamente tecnica.

⁵⁴ Corte cost. 10 maggio 1982, n. 86. Invero, sembra che possa ascriversi al CSM una funzione latamente amministrativa a fronte della competenza a disciplinare i soggetti appartenenti all'ordine giudiziario.

profilato ora come organo rappresentativo del corpo dei giudici⁵⁵, ora come organo di “alta amministrazione”⁵⁶, ora come organo di rilievo costituzionale⁵⁷, ora come organo di garanzia costituzionale⁵⁸. Tale ultima qualificazione – forse la più persuasiva – troverebbe giustificazione nel fatto che le funzioni amministrative svolte dal Consiglio Superiore della Magistratura sono dirette a perseguire fini fissati dalla stessa Costituzione: rispetto al singolo giudice, il Consiglio è chiamato ad assicurarne l’indipendenza, rispetto al potere giudiziario, esso ne garantisce l’autonomia, divenendo così strumento di attuazione dell’imparzialità⁵⁹. Per quanto concerne i rapporti tra Consiglio Superiore e Ministro della giustizia, è stata la legge 29 marzo 1958, n. 195, recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura” ad incaricarsi di specificarne la disciplina, estendendo, ad esempio, al Procuratore generale della Cassazione la facoltà di promuovere l’azione disciplinare in quanto pubblico ministero presso la sezione disciplinare del Consiglio (art. 14, co.1)⁶⁰.

In relazione, infine, alla posizione del pubblico ministero, occorre evidenziare che i tratti più caratterizzanti dell’attuale conformazione della magistratura requirente risiedono nella indipendenza esterna e nella conseguente obbligatorietà dell’azione

⁵⁵ In questo senso, v. V. ONIDA, *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel Consiglio superiore della Magistratura*, in *Politica del diritto*, 1986, 164. In senso contrario, Cuocolo esclude che il CSM possa considerarsi rappresentativo del potere giudiziario, giacché la sua “posizione di vertice organizzativo dell’ordine giudiziario [...] restringe le funzioni del Consiglio agli altri aspetti organizzativi della magistratura, in corretta corrispondenza con la competenza che la Costituzione assegna al Consiglio medesimo”, (F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996, 692-693).

⁵⁶ Tale tesi discende dalla natura delle funzioni esercitate dal Consiglio, che, secondo la ricostruzione maggioritaria della dottrina, possiedono una matrice oggettivamente amministrativa (v. M. R. MORELLI, *Art. 104 Cost.*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 650).

⁵⁷ P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982, 101. L’A. esclude che il CSM rappresenti un organo costituzionale, giacché non manifesta la volontà del potere giurisdizionale, svolgendo piuttosto un’attività di autogoverno finalizzata a garantire l’autonomia e l’indipendenza interna ed esterna della magistratura.

⁵⁸ M. PIETROPOLLI, *op. cit.*, 94; F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Commento dell’art. 104 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La magistratura*, II, Bologna – Roma, Zanichelli, 1986, 45-46.

⁵⁹ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, 258 ss.

⁶⁰ Per maggiore approfondimento, v. F. SCOLA, *Il Consiglio superiore della Magistratura ordinaria negli atti dell’Assemblea costituente e della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Nuova Rassegna*, 9-10/1999, 902 ss.

penale. A ben vedere, tali attributi costituiscono un *unicum* nel contesto degli ordinamenti occidentali⁶¹, presso i quali il pubblico ministero è alle dipendenze del Ministro della giustizia ed esercita l'azione penale secondo il principio di opportunità⁶². In questo senso, la nostra carta costituzionale è largamente debitrice al pensiero di Calamandrei, che – come si è visto – difese strenuamente le proprie tesi sia in seno alla Seconda sottocommissione sia nel *plenum* assembleare.

Ai fini che qui interessano, preme altresì dar conto della vicenda attuativa delle previsioni contenute nell'art. 102, co. 2, Cost. – a mente del quale “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura” – che rappresenta il precipitato delle proposte di Calamandrei⁶³ e di Leone⁶⁴.

Tra le sezioni specializzate descritte dal Costituente sono attualmente ricompresi – ad esempio – la sezione specializzata agraria, i Tribunali (regionali e superiore) delle acque pubbliche, il Tribunale delle imprese, il Tribunale per i minorenni, il Tribunale di Sorveglianza, nonché le nuove sezioni specializzate su immigrazione, protezione internazionale, libera circolazione nell'Unione europea⁶⁵.

⁶¹ Come si è detto, in Francia il Pubblico Ministero dipende dal Ministro della giustizia e non è obbligato all'esercizio dell'azione penale. Lo stesso accade in Germania, dove il Pubblico Ministero dipende gerarchicamente dai Ministri del *Land* per i reati minori e dal Ministro del *Bund* per i reati federali ed è sottoposto al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale solo con riferimento ai reati maggiori. Altrettanto può dirsi per la Spagna, dove gli uffici del Pubblico Ministero devono rispettare il principio di dipendenza gerarchica. Ancora emblematico è l'esempio del Regno Unito, dove la pubblica accusa è stata sostenuta dalla polizia fino al *Crown Prosecution Act* del 1985, con il quale è stato istituito il *Crown Prosecution Service*, formato da avvocati esperti e giuristi, che opera sotto la direzione dell'*Attorney General*.

⁶² A. BARBERA, *op. cit.*, 382. L'A. ritiene che si tratti di “una anomalia” – ovviamente di segno positivo – nel panorama degli ordinamenti costituzionali di matrice liberaldemocratica.

⁶³ Il riferimento è all'art. 13 del progetto di Calamandrei, il quale affermava che: “... Qualora per determinate materie (esclusa in ogni caso quella penale) si ritenga opportuno che i giudici siano forniti di speciali cognizioni tecniche, saranno istituite presso gli organi giudiziari ordinari apposite sezioni specializzate, colla partecipazione di magistrati forniti di una preparazione approfondita nelle materie stesse, ovvero colla partecipazione di cittadini esperti temporaneamente investiti di funzioni giudiziarie. ...” (v. F. RIGANO, *op. cit.*, 266).

⁶⁴ Il riferimento è all'art. 14 del progetto di Leone, a mente del quale: “... Possono istituirsi con legge per determinate materie sezioni speciali presso i tribunali ordinari con partecipazione di estranei al potere giudiziario in misura non superiore ad un terzo. ...” (v. F. RIGANO, *op. cit.*, 286).

⁶⁵ Queste ultime sono state istituite dal d. l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito nella l. 13 aprile 2017, n. 46, cui è seguita la delibera 1 giugno 2017 del CSM.

Le problematiche sollevate dalle sezioni specializzate sono molte e complesse, sicché non è questa la sede per svolgere un'indagine esaustiva del tema. Preme, tuttavia, rilevare che il dibattuto rapporto tra il giudice e l'esperto oggetto della nostra indagine si propone già in questa sede, benché in una veste del tutto peculiare, giusta la compresenza della componente togata e di quella laica all'interno di un collegio "misto". A questo proposito, una riflessione specifica è stata svolta in tema di giustizia minorile, giacché nel Tribunale per i minorenni accanto ai magistrati siedono cittadini estranei alla magistratura "benemeriti dell'assistenza sociale", nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura con carica triennale rinnovabile, che vengono scelti per le loro particolari competenze in discipline umanistiche, psicologiche e pedagogiche: essi assumono la funzione di giudici onorari.

Invero, si registrano in dottrina voci critiche circa la funzionalità di tali collegi "misti": proprio in materia minorile, gli stessi esperti denunciano il bisogno di «una sufficiente introduzione alle leggi ed alle procedure che riguardano la giustizia minorile», al punto da ritenere propedeutica all'assunzione dell'incarico la frequentazione di «un corso di formazione giuridica, anche con un orientamento mirato, agile ed essenziale»⁶⁶. Le medesime perplessità vengono altresì espresse con riferimento alla formazione della componente togata: si auspica, infatti, un arricchimento della preparazione culturale dei magistrati che consenta loro di «distinguere ciò che è ideologia da ciò che ha dignità di scienza», di «discriminare i contributi degli esperti, sulla base della loro maggiore o minore plausibilità metodologico-scientifica», di «valutare in qualche modo la plausibilità, la completezza e la coerenza delle argomentazioni esposte nelle perizie e nelle consulenze». Tale preparazione dovrebbe essere preventiva e sistematica e condizionare l'accesso agli uffici giudiziari in cui si trattano questioni di famiglia⁶⁷. Viene dunque sollecitata la moltiplicazione di momenti di specifica formazione, rivolti sia all'esperto sia al giudice, funzionali alla creazione di una formazione e di un linguaggio comuni nell'ottica del miglioramento della qualità della giustizia minorile.

⁶⁶ G. GALUPPI, L. GRASSO, *Scienze umane e scienze giuridiche – La composizione dei collegi minorili: disfunzioni, problemi e prospettive*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1/1997, 278.

⁶⁷ G. GALUPPI, L. GRASSO, *op. cit.*, 275-276.

Osservazioni non dissimili si ripropongono con riferimento al Tribunale di Sorveglianza, organo collegiale specializzato composto da magistrati ordinari deputati a decidere in via esclusiva sulle richieste di pene alternative alla detenzione carceraria e da esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché da docenti di scienze criminalistiche, soprattutto in considerazione dei rischi prospettati in dottrina relativamente alla insufficiente valorizzazione del ruolo dei componenti laici, che sbilancerebbe quindi la decisione in favore dei componenti togati⁶⁸.

A parere di chi scrive, non è tuttavia nell'istituzione di sezioni specializzate che si può rinvenire la soluzione alla complessa problematica del rapporto tra il giudice e la scienza, giacché da un lato la settorializzazione e la moltiplicazione delle sedi giurisdizionali – quand'anche fosse praticabile – non consentirebbe comunque di rispondere efficacemente alla pervasività che caratterizza il sapere esperto, dall'altro perché – come si è visto – anche all'interno dei collegi misti si appalesa la difficoltà connessa al riconoscimento dei reciproci saperi che connota il rapporto tra il giudice e l'esperto.

4. I principi costituzionali sul potere giudiziario

4.1. L'art. 101 della Costituzione: la genesi storica della norma costituzionale

Così ricostruita la genesi storico-politica dell'articolato costituzionale dedicato al potere giudiziario alla luce dei lavori prima della Seconda sottocommissione e poi dell'Assemblea costituente, occorre ora soffermarsi sui principi costituzionali che scolpiscono la funzione giurisdizionale, così come interpretati dalla dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Si tratta, senza dubbio, di un'indagine imprescindibile in quanto diretta a delineare il *dover essere* del ruolo del giudice, ossia il modo in cui esso è stato teorizzato e formalizzato dai costituenti. Tale approfondimento appare, altresì, propedeutico alla comprensione dei rischi connessi all'ingresso della scienza nell'agone processuale, i quali rischiano di scuotere le fondamenta dell'impianto edificato dal Costituente, invitando l'interprete a rimeditare in chiave evolutiva il significato di alcuni assiomi fondamentali e ad aggiornare il modello di un giudice

⁶⁸ F. R. AMARELLI, *I componenti non togati nei Tribunali di Sorveglianza*, in *Questione giustizia*, 4/2003, 786-787; C. A. ROMANO, G. ZAPPA, *Il giudice-esperto del Tribunale di Sorveglianza*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1/1996, 197 ss.

peritus peritorum che ne rappresenta l'incarnazione più importante ai fini che qui interessano.

La prima e più rilevante norma che occorre analizzare è l'art. 101 Cost., il quale stabilisce al primo comma che “La giustizia è amministrata in nome del popolo” e al secondo comma che “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

A ben vedere, se la lontana matrice di tale disposizione può rinvenirsi nell'art. 68 dello Statuto albertino⁶⁹, è l'art. 94, cc. 1 e 2, del Progetto di Costituzione a rappresentarne il precedente più immediato. Per quanto concerne il primo comma, a mente del quale “La funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo”, deve rilevarsi che la locuzione tecnica “esercizio della funzione giurisdizionale” è stata sostituita con l'espressione propria del linguaggio comune “amministrazione della giustizia”⁷⁰, intesa come l'attività di risoluzione delle controversie. In secondo luogo, il riferimento alla giurisdizione come forma di “espressione della sovranità della Repubblica” è stato soppresso giacché ritenuto privo di valore prescrittivo, nonché replicante il principio secondo cui la funzione giurisdizionale “è esercitata in nome del popolo”⁷¹.

In relazione poi al secondo comma, il quale afferma che “I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza”, occorre segnalare tre modifiche rilevanti intervenute nel passaggio dalla formulazione originaria a quella definitiva: la sostituzione della nozione di “dipendenza” con quella

⁶⁹ V. nota 3. Tale disposizione costituì un primo riconoscimento dell'indipendenza del giudice, giacché da un lato assicurava che l'applicazione della legge non fosse condizionata da ordini regi o ministeriali, dall'altro impediva che il re potesse esercitare in modo diretto la giustizia (N. ZANON, L. PANZERI, *Commento all'art. 101 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Artt. 101-139, Disposizioni transitorie e finali*, Torino, Utet Giuridica, 2006, 1958).

⁷⁰ La formulazione definitiva si deve all'on. Colitto (seduta del 20 novembre 1947, in *A. C.*, V, 3352).

⁷¹ A ben vedere, il nesso tra giurisdizione e sovranità popolare compariva unicamente nel progetto di riforma predisposto dalla Commissione ministeriale, il quale esordiva affermando che “Il potere giudiziario è emanazione diretta della sovranità dello Stato. Esso amministra la giustizia in nome del popolo, garantisce la libertà dei cittadini, ne tutela i diritti e gli interessi legittimi ed applica le sanzioni penali” (art. 1). Su questa disposizione si appuntò la discussione della sottocommissione nel corso della seduta di venerdì 13 dicembre 1946, durante la quale Calamandrei sottolineò che il potere giudiziario doveva considerarsi non già “emanazione” bensì parte integrante della sovranità popolare. Dello stesso avviso fu anche l'on. Leone, che ribadì come il potere giudiziario costituisse un aspetto della sovranità, ossia una sua espressione (in *Resoconti della seconda Sottocommissione*, cit., 26).

di “soggezione” alla legge, l’opzione in favore del termine “giudici” al posto di “magistrati” e la completa caducazione dell’inciso secondo cui l’interpretazione e l’applicazione della legge sarebbero dovuti avvenire “secondo coscienza”.

Ma procediamo con ordine. Senza soffermarsi sulle differenze semantiche che hanno dettato la sostituzione del concetto di “dipendenza” con quello di “soggezione” (sostituzione che appare, in ogni caso, rivolta a corroborare la posizione di indipendenza del giudice), degna di nota è l’opzione in favore dell’espressione “giudici”, che determina una evidente compressione dell’ambito di applicazione del principio in esame, rivolto – nelle intenzioni del Costituente – ai soli magistrati esercenti funzioni giudicanti. Con riferimento poi alla seconda parte della proposizione, è indubbio che la soppressione dell’inciso secondo cui la legge deve essere interpretata e applicata “secondo coscienza” riflette una valutazione ben precisa dei costituenti, i quali vollero impedire la diffusione di “metodi interpretativi non ortodossi”⁷², ovvero di interpretazioni poco fedeli al dato testuale e alla *ratio legis*, riconducibili a forme di *diritto libero* che potessero riecheggiare costruzioni teoriche care all’hitlerismo⁷³.

Così brevemente ricostruita la genesi dell’attuale formulazione dell’art. 101 Cost., non si può fare a meno di ricordare che storicamente⁷⁴ il principio della “soggezione” del giudice alla legge esprime e formalizza il primato del legislatore nella produzione normativa, assegnando invece al giudice la funzione di interprete di norme che egli non concorre a creare⁷⁵. In questo senso, la legislazione si oppone alla giurisdizione: mentre la prima è istituzione di nuove regole giuridiche, la seconda è conoscenza e applicazione di prescrizioni già esistenti⁷⁶. Tale ultimo assunto deve, tuttavia, essere calato nel contesto effettuale dell’ordinamento giuridico, che – di fatto – non presenta quei caratteri di completezza e di coerenza postulati in astratto. Ne consegue che, in presenza di lacune, i giudici non possono limitarsi all’applicazione di norme preesistenti, dovendo piuttosto sopperire al vuoto normativo mediante la

⁷² R. GUASTINI, *Commento dell’art. 101 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione, La Magistratura*, I, Zanichelli, Bologna – Roma, 144.

⁷³ Così l’on. Ruini, che avversò fermamente tale formulazione ritenendola “o una dichiarazione generica di ovvio significato [...] o la via a una interpretazione che sarebbe pericolosa” (seduta del 20 novembre 1947, in *A. C.*, V, 3959).

⁷⁴ Si intende, cioè, dalla Rivoluzione francese in poi.

⁷⁵ N. ZANON, *op. loc. cit.*

⁷⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, 148.

“costruzione” di una nuova norma attraverso un procedimento interpretativo di tipo analogico⁷⁷. Invero, senza voler ricadere nel formalismo, occorre altresì specificare che l’oggetto su cui si appunta l’attività ermeneutica del giudice non è rappresentato propriamente dalla *norma*, ossia il significato della prescrizione, bensì dalla *disposizione* stessa, intesa come enunciato linguistico potenzialmente polisemico⁷⁸. Ne discende che l’interpretazione non si risolve in un’attività meramente cognitiva, implicando sempre un’attitudine valutativa che si riverbera sul momento intimamente decisionale.

4.2. L’amministrazione della giustizia in nome del popolo e la soggezione del giudice soltanto alla legge

Posta questa breve premessa, è giunto ora il momento di indagare il significato dischiuso dal primo comma dell’art. 101 Cost., il quale, proprio per la sua formulazione estremamente concisa, ha suscitato non poche incertezze interpretative. Da un lato, vi è chi ha sostenuto che tale disposizione racchiuda una formula meramente declamatoria, dal sapore quasi simbolico: si tratterebbe, cioè, di una proclamazione ideologica, sprovvista di valore precettivo, giacché rivolta piuttosto a suscitare emozioni⁷⁹. In altro senso, parte della dottrina ha valorizzato la portata meramente formale della norma, dalla quale si ricaverebbe la formula dell’intestazione delle sentenze⁸⁰.

L’orientamento dottrinale più accreditato, affidandosi ad un’interpretazione di carattere sistematico, istituisce una stretta connessione tra sovranità popolare e funzione giurisdizionale, tale per cui la seconda viene addirittura intesa come una “forma di esercizio” della prima⁸¹. Ne discende una ricostruzione del rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo in termini di gerarchia, di talché “l’attività

⁷⁷ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 422-423.

⁷⁸ Sulla distinzione semantica tra norma e disposizione, v. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme, Introduzione*, Torino, Giappichelli, 1992.

⁷⁹ In questo senso, v. G. D’ELIA, *L’azione penale popolare nel sistema costituzione italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3110.

⁸⁰ In R. GUASTINI, *Commento dell’art. 101 Cost.*, cit., 166.

⁸¹ A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1982, 54-55.

giurisdizionale deve necessariamente esercitare un ruolo subordinato rispetto a quello degli organi rappresentativi”⁸².

Per vero, anche tale esegesi rischierebbe di ridursi ad una formula vacua e declamatoria se non fosse debitamente concretizzata. Proprio al fine di scongiurare questa eventualità, autorevole dottrina ha affermato che l’art. 101, co.1, Cost. deve essere inteso nel senso di una strutturale subordinazione della funzione giurisdizionale alla funzione legislativa⁸³. Ne consegue non solo che il giudice deve fondare la propria decisione giurisdizionale solo e soltanto sulla legge, ma anche che non può in alcun modo contrapporre e sostituire la volontà popolare con quella dell’ordinamento positivo⁸⁴. Così interpretato, il primo comma dell’art. 101 Cost. diverrebbe quasi un’anticipazione del comma successivo, recando in sé la premessa logica e sistematica che giustifica il secondo comma.

Proseguendo dunque nell’esegesi della norma, conviene ora spostare l’attenzione sulla parte centrale e finale del secondo comma, che predica la soggezione del giudice soltanto alla legge. Tale locuzione ha senza dubbio originato le maggiori oscillazioni interpretative, impegnando la dottrina in un acceso dibattito non del tutto sopito⁸⁵.

Il primo dato che occorre rilevare è che l’espressione “soggezione”, come impiegata nel contesto della disposizione, assume il significato minimo e incontrovertito di “dovere incondizionato di applicazione”⁸⁶. Lungi dall’esaurirsi in una formula simbolica, tale dovere merita di essere accuratamente analizzato nella sua portata precettiva, recando in sé importanti implicazioni.

Innanzitutto, la soggezione alla legge comporta che ogni provvedimento giurisdizionale debba trovare fondamento in una norma di legge, intesa sia come norma *esplicita*, direttamente ricavabile dal precetto normativo, sia come norma *implicita*, desumibile mediante l’applicazione dei criteri ermeneutici previsti dall’art. 12, co. 2, delle disposizioni preliminari al codice civile, sia come norma di *rinvio*, sempre nel

⁸² A. PIZZORUSSO, *op. cit.* 55.

⁸³ R. GUASTINI, *op. cit.*, 169.

⁸⁴ S. BARTOLE, *op. cit.*, 230.

⁸⁵ Tra i contributi più recenti, si veda, *ex multis*, M. PISANI, *Il giudice, la legge e l’art. 101, comma 2, Cost.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2013, 558 ss., il quale valorizza il contenuto di garanzia che si accompagna all’art. 101, co. 2, Cost. in un sistema costituzionale di stampo democratico.

⁸⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, 183.

rispetto della legalità costituzionale⁸⁷. In secondo luogo, la formulazione in esame implica che i provvedimenti giurisdizionali siano non solo compatibili, nel senso di non contraddittori, ma anche materialmente conformi alla legge, ossia latori di un contenuto normativo logicamente deducibile dalla legge⁸⁸. In terzo luogo, la soggezione alla legge esprime il divieto per il giudice di creare nuove leggi, l'obbligo di conoscere la normativa vigente, nonché – quale ultimo corollario – l'impossibilità di rifiutare l'applicazione della legge⁸⁹.

Se tale locuzione non ha provocato particolari perplessità esegetiche, lo stesso non può dirsi per il lemma “legge”, la cui interpretazione ha dato origine a differenti orientamenti dottrinali. Da un lato, vi è chi sostiene che esso deve essere inteso come legge “in senso materiale”, ossia come fonte del diritto oggettivo⁹⁰: il vocabolo alluderebbe, cioè, metonimicamente al contenuto normativo. In altro senso, è stato affermato che il termine “legge” afferisce esclusivamente alla legge in senso formale, attributo riferito alla legge costituzionale e alla legge ordinaria statale e regionale⁹¹. Infine, in posizione intermedia rispetto ai due menzionati indirizzi, taluni ritengono che il vocabolo “legge” debba concernere sia la legge formale, sia gli atti aventi forza di legge, ossia il decreto legge, il decreto legislativo e il referendum abrogativo⁹².

Nel districarsi all'interno di tale reticolo esegetico, occorre sin da subito chiarire che la “legge” a cui si riferisce il testo costituzionale deve intendersi innanzitutto come la legge formale, militando a favore di tale ricostruzione molteplici argomenti. In primo luogo, tale interpretazione appare consonante con il primo comma dell'art. 101 Cost., che – come si è visto – subordina la funzione giurisdizionale alla sovranità popolare, ossia alla volontà espressa dagli organi rappresentativi⁹³. In secondo luogo, essa pare altresì accordarsi con il divieto di disapplicare la legge formale gravante sui giudici, i quali, in caso di dubbio (motivato) sulla legittimità costituzionale di una legge, debbono

⁸⁷ R. GUASTINI, *op. cit.*, 183-184.

⁸⁸ R. GUASTINI, *op. cit.*, 185.

⁸⁹ R. GUASTINI, *op. cit.*, 185-186.

⁹⁰ In questo senso, v. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto* (dir. cost.), voce in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 930, nt. 11. Per maggiore approfondimento, vedi *infra*.

⁹¹ Così S. FOIS, *Legalità* (principio di), voce in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 684-685.

⁹² R. GUASTINI, *op. loc. cit.*

⁹³ Sul rapporto tra il primo e il secondo comma della norma in esame, v. S. FOIS, *op. loc. cit.*; P. GROSSI, *op. cit.*, 563 ss.

sospendere il giudizio *a quo* e rinviare la questione alla Corte costituzionale⁹⁴. Infine, la prospettata esegesi trova ulteriore conforto nel controllo giurisdizionale di legalità a cui sono sottoposti gli atti della pubblica amministrazione (art. 113, co.1, Cost.), in forza del quale il giudice ordinario può disapplicare ogni atto amministrativo ritenuto in contrasto con la legge formale⁹⁵ (art. 5, legge 2248/1865, all. E)⁹⁶.

Pur risultando indubbiamente persuasiva, la tesi sinora presentata non consente ancora di fugare ogni dubbio sulla effettiva ampiezza della nozione di “legge” cui fa riferimento il secondo comma dell’art. 101 Cost. Occorre, infatti, comprendere se tale dizione sia idonea a ricomprendere anche gli atti aventi forza di legge di cui agli artt. 76 e 77 Cost. A ben vedere, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti risolvono tale interrogativo in senso affermativo, muovendo dall’assunto secondo cui l’espressione “forza di legge” deve riferirsi sia alla posizione gerarchica dell’atto normativo, sia alla competenza materiale, sia al complessivo regime costituzionale della legge⁹⁷.

Ciò posto, occorre rilevare che la ricostruzione sinora operata si arricchisce di ulteriori contenuti se riguardata alla luce del processo di integrazione europea, il quale impone di considerare il ruolo che il diritto europeo occupa nell’attuale sistema integrato e multilivello delle fonti del diritto⁹⁸. Nei tempi odierni, il concetto di “legge”

⁹⁴ R. GUASTINI, *op. cit.*, 178.

⁹⁵ In questo senso S. FOIS, *op. cit.*, 685 ss.; P. GROSSI, *op. cit.*, 566 ss. V. anche Corte cost. nn. 41/1959, 150/1964, 40/1964, 44/1968.

⁹⁶ Tale disposizione, inserita all’interno della legge sul contenzioso amministrativo, afferma che “In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi”.

⁹⁷ Così A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, Artt. 1-9*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1977, 227-228. Sul punto v. anche F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, Utet, 1994, 100-107. Invero, anche la dottrina più recente concorda sul fatto che le materie coperte dalla riserva di legge possano essere disciplinate “non solo dalla legge formale, strettamente intesa, ma anche da quegli atti dell’esecutivo cui la Costituzione conferisce la medesima «forza» o il medesimo «valore» della legge”, ossia i decreti legislativi e i decreti legge (R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, Utet, 1994, 171). Nello stesso senso, si veda anche la più recente manualistica, a mente della quale gli atti equiparati alla legge possiedono la medesima forza della legge ordinaria, ossia “la capacità di innovare il diritto oggettivo, la competenza a disciplinare le materie che la Costituzione riserva alla legge e la sottoposizione al controllo di costituzionalità” (v. per tutti A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, 134).

⁹⁸ Come è stato affermato in dottrina, la vera novità dischiusa dalla globalizzazione giuridica è rappresentato dalla “nascita di una vera «rete normativa» complessa, legislativa e giudiziaria, nazionale, comunitaria e internazionale”, “un intreccio reticolare di fonti di produzione delle norme e un pluralismo orizzontale e verticale di quelle medesime fonti e dei rispettivi universi

non può infatti essere esaminato assumendo esclusivamente il punto di vista dell'ordinamento interno, giacché l'adesione all'Unione europea ha – come è noto – implicato la cessione di parte della sovranità statale alle istituzioni europee⁹⁹, così determinando – soprattutto in materia penale – la progressiva crisi della riserva di legge nella sua accezione nazionale in favore di una “legalità europea”¹⁰⁰. Tra le conseguenze pratico-applicative dell'ingresso del diritto europeo nel sistema delle fonti giuridiche può senz'altro annoverarsi un significativo ampliamento della discrezionalità ermeneutica del giudice, il quale appare nei fatti sempre meno soggetto alla legge interna: difatti, come osservato da attenta dottrina, “ad essere posto in discussione dal potere-dovere del giudice comune di disapplicare la legge in contrasto con fonti europee, secondo un modello di controllo diffuso in deroga all'art. 134 Cost., è soprattutto il principio della soggezione alla legge”¹⁰¹.

In effetti, l'archetipo di un giudice che, in ossequio al principio della *primauté* del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, può giungere alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme europee si pone in radicale antitesi con la tradizionale concezione del giudice quale mero applicatore della legge¹⁰², in favore di

culturali” (M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, Giuffrè, 2006, 77).

⁹⁹ Come noto, il processo di integrazione europea ha provocato un parziale indebolimento del principio di rappresentatività democratica: ciò è dovuto – tra le altre concause – alla moltiplicazione delle sedi di regolazione giuridica sottratte al circuito politico-rappresentativo in funzione di istanze di efficienza e di tecnicismo; appare, in tal senso, emblematico il fenomeno delle autorità indipendenti, le quali – come si vedrà nel corso della trattazione – “godono di una forza di fatto che sfugge al primato della legge e che trova nel predominio del principio tecnocratico sul principio democratico la sua prima ratio” (A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 104). Per maggiore approfondimento sul tema delle autorità indipendenti, si rinvia al capitolo 4, paragrafo 4.

¹⁰⁰ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio nella democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2011, 86 ss.

¹⁰¹ A. GARGANI, *op. cit.*, 114, 116.

¹⁰² Come osservato in dottrina, mentre nel periodo pre-costituzionale dello Stato liberale monoclasse si assisteva ad una netta prevalenza del momento “politico” della formazione del diritto, il quale si esprimeva “essenzialmente e quasi esclusivamente attraverso la legge formale del Parlamento”, l'avvento della Costituzione ha di fatto “rivoluzionato” la tradizionale concezione del giudice quale applicatore meccanico della legge: la superiorità gerarchica della fonte costituzionale e dunque la previsione di limiti invalicabili per il legislatore ordinario hanno, infatti, reso decisiva l'attività dei giudici, chiamati a garantire il rispetto di quei limiti e ad attuare i principi costituzionali, in stretto raccordo con la Corte costituzionale (R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 196).

una visione che assegna al giudice interno il ruolo di “arbitro dei conflitti tra regimi giuridici”¹⁰³, nonché – come sostenuto in dottrina – di co-produttore della *regula iuris*¹⁰⁴. Invero, la dottrina costituzionalista ha giustificato tale deviazione dal modello delineato dall’art. 101, co. 2, Cost. mediante una soluzione esegetica che intende tale disposizione anzitutto come soggezione al *diritto*¹⁰⁵, sicché nella nozione di “legge” verrebbe ricompreso tutto il diritto oggettivo, incluso il diritto europeo, il quale contribuirebbe così a conformare il principio di legalità¹⁰⁶. Troverebbe, dunque,

¹⁰³ A. GARGANI, *op. cit.*, 111.

¹⁰⁴ Che i giudici svolgano un’attività (anche) creativa del diritto non pare, d’altronde, una conclusione nuova alla riflessione giuridica, atteso che – già negli anni ’80 – Cappelletti qualificava la creatività della giurisprudenza come una “verità banale”, “anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta” (M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 22 ss.). In tempi più recenti, Cassese ha affermato che “oggi il diritto è, in larga misura, frutto della ricerca *ex post* tra insiemi di regole disparate, che derivano dalla moltiplicazione dei centri di produttori di norme. Prevale un pullulare di particolarismi giuridici, che richiedono però una più ampia e intensa funzione creativa degli operatori giuridici, chiamati a stabilire accordi, a dare coerenza, a cercare principi primi e regole generali” (S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, 34). Nello stesso senso, v. anche S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008, 15. Sul punto, si segnalano anche le riflessioni della seguente dottrina penalistica: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, 92 ss.; G. FIANDACA, *cit.*, 94.

¹⁰⁵ Tale interpretazione è stata elaborata da A. PIZZORUSSO, *Intervento al Convegno di Senigallia 9-11 novembre 1979*, in *Giustizia e Costituzione*, 3-4/1980, 183 ss.; ID., *Intervento*, in AA. VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, *Atti del 14° Convegno nazionale dell’Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile*, Ferrara, 5-6 giugno 1982, Rimini, Maggioli, 1985, 219 ss.

¹⁰⁶ Così, in tempi più recenti, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008, 127. Sul punto, v. anche vedi G. PALOMBELLA, *Giudici, diritti e democrazia*, in *Democrazia e diritti*, 1/1997, 241 ss., secondo il quale la formula impiegata dall’art. 101, co. 2, della Costituzione non appare ‘condivisibile’ né sul piano descrittivo, né sul piano precettivo, giacché la legge non sarebbe più l’unica fonte a cui il giudice è subordinato. La norma costituzionale dovrebbe, infatti, essere più correttamente intesa come soggezione al *diritto* esistente, soprattutto in considerazione del fondamentale ruolo svolto dalla giurisprudenza. Sul rapporto tra principio di legalità, ruolo del giudice e diritto sovranazionale, v. anche i contributi M. P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2011, 393 ss.; C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3/2016. La lettura della dottrina costituzionalista appare peraltro condivisa dalla dottrina penalistica, secondo la quale “Nei fatti, soggezione del giudice alla legge significa oggi soggezione al diritto: il venir meno della legalità parlamentare quale limite invalicabile della giurisdizione, il passaggio dall’effetto indiretto di produzione normativa tipica del modello precostituzionale alla scelta giudiziaria della fonte e alla co-formazione della *regula iuris*, pongono, di riflesso, la necessità di verificare la fonte di legittimazione dell’attività normativa del giudice” (A. GARGANI, *op. cit.*, 117). Sulla progressiva accentuazione della dimensione giudiziale del diritto penale, v. anche F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia*, in *Cassazione penale*, 7-8/2016, 2695 ss.; R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico*

conferma la tesi sostenuta in dottrina che raffigura il principio della soggezione del giudice alla legge come una formula dinamica, il cui significato risente delle caratteristiche generali dell'ordinamento giuridico in cui l'attività giudiziaria trova concreta esplicazione¹⁰⁷.

Passando ora ad analizzare l'ultimo elemento significativo della disposizione in esame, ossia l'avverbio "soltanto", vale la pena sottolineare che tale formula scolpisce il principio di stretta legalità nella giurisdizione, rappresentando così – come si dirà tra poco – l'addentellato costituzionale del principio di indipendenza del giudice¹⁰⁸. Volendo preliminarmente indagare la portata sistematica dell'avverbio impiegato dai costituenti, occorre in primo luogo rilevare che la soggezione solo alla legge implica *a fortiori* la soggezione anche alla Costituzione, gerarchicamente sovraordinata alla prima. Ciò significa che i giudici non possono né violare la Costituzione, né negare applicazione alla stessa laddove suscettibile di applicazione diretta, ossia qualora la norma costituzionale sia immediatamente precettiva¹⁰⁹. In secondo luogo, la formulazione in esame implica che i giudici non sono vincolati ai precedenti, i quali non possono in nessun caso acquisire "forza di legge"¹¹⁰. Ciò non impedisce di riconoscere loro autorevolezza ed efficacia persuasiva, ma rimane esclusa la sussistenza di un obbligo per il giudice di rispettare la precedente interpretazione giurisprudenziale, anche se proveniente dalla Suprema Corte di Cassazione in funzione nomofilattica. Ancora, la soggezione del giudice soltanto alla legge deve essere intesa in senso restrittivo in relazione agli atti della pubblica amministrazione, i quali risultano vincolanti per il giudice solo se fondati sulla legge e se materialmente conformi ad

postmoderno, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2015, 1177 ss.; V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione penale*, 5/2014, 1918 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, 1247 ss.

¹⁰⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, 183.

¹⁰⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 206.

¹⁰⁸ V. C. GIANNATTASIO, *La Magistratura*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Firenze, Barbera, 1950, 174. Secondo l'A., "La più solenne affermazione dell'indipendenza della Magistratura [...] è quella secondo la quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge [...]. Con essa si vuole intendere che i magistrati sono sottratti ad ogni ingerenza degli organi del potere esecutivo". Dello stesso avviso, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1976, 913.

¹⁰⁹ R. GUASTINI, *op. cit.*, 187-188.

¹¹⁰ R. GUASTINI, *op. cit.*, 191 ss.

essa¹¹¹. Infine, l'avverbio soltanto attribuisce ai giudici piena autonomia di giudizio, escludendo ogni forma di condizionamento esterno nel momento intimamente decisionale.

In conclusione, a parere di chi scrive, le due proposizioni contenute nell'art. 101 Cost. debbono essere lette in una prospettiva di complementarità e di reciproca integrazione: infatti l'amministrazione della giustizia in tanto è esercitata in nome del popolo in quanto il giudice è soggetto solo alla volontà popolare espressa e cristallizzata nella legislazione positiva; d'altro canto, l'assoggettamento del giudice solo alla legge lo consacra al servizio esclusivo del popolo sovrano, che si realizza attraverso l'applicazione delle leggi emanate dai suoi rappresentanti.

Se quanto detto è vero, occorre tuttavia sgombrare il campo da un equivoco che potrebbe generarsi nell'istituzione di un raccordo funzionale tra sovranità popolare e giurisdizione. Vale infatti la pena di rammentare che la funzione giurisdizionale, benché trovi la propria giustificazione in un ordinamento a base democratica, rimane estranea al circuito politico-rappresentativo, che ancora ogni funzione politicamente rilevante alla legittimazione popolare¹¹². Di talché l'art. 101, co. 1, Cost. non può rappresentare l'addentellato costituzionale per affermare la titolarità dell'amministrazione della giustizia in capo al popolo, giacché proprio la locuzione "in nome del popolo" impedisce questa opzione semantica, frapponendo una "barriera" tra il popolo e la giurisdizione¹¹³.

4.3. Il giudice e la sua indipendenza

Venendo ora alle garanzie costituzionali che circondano l'indipendenza del giudice, daremo qui una prima e provvisoria definizione della locuzione "giudice"¹¹⁴, rinviando gli approfondimenti al capitolo successivo.

Secondo l'interpretazione proposta dalla dottrina prevalente, tale nozione sarebbe sinonimo dell'espressione "autorità giurisdizionale", impiegata dagli artt. 23 e 29 della legge 11 marzo 1953, n. 87 in materia di legittimazione del giudice *a quo* alla

¹¹¹ R. GUASTINI, *op. cit.*, 193.

¹¹² N. ZANON, *op. cit.*, 1959-1960.

¹¹³ N. ZANON, *op. cit.*, 1959. Per maggiore approfondimento sul tema della legittimazione del potere giudiziario, v. *infra* capitolo 2.

¹¹⁴ Per maggiore approfondimento sulla nozione di "giudice", v. *infra* capitolo 2.

sollevazione di questioni di legittimità costituzionale in via incidentale¹¹⁵. La stessa Corte costituzionale ha peraltro chiarito che, alla luce del combinato disposto degli artt. 1 della legge costituzionale 1/1948, 23 della legge 87/1953 e 1 delle Norme integrative, deve considerarsi autorità giurisdizionale per un verso ogni organo stabilmente investito di una funzione giudicante (requisito soggettivo) e per altro verso ogni organo che, seppure estraneo all'organizzazione della giurisdizione, svolga un'attività giurisdizionale in posizione *super partes* (requisito oggettivo)¹¹⁶.

Così ricostruito e declinato, il termine “giudice” evidentemente non si attaglia ai magistrati requirenti¹¹⁷, la cui funzione non risiederebbe nell'amministrazione della giustizia, bensì nella partecipazione a tale ufficio mediante l'esercizio di attività di preparazione, di impulso, di consulenza e di esecuzione¹¹⁸. Ne consegue che la soggezione alla legge del pubblico ministero, non essendo desumibile dall'art. 101, co. 2, Cost., deve forse essere ricostruita a partire dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., senza dimenticare però che l'attività degli

¹¹⁵ R. GUASTINI, *op. cit.*, 172. Secondo l'A., tale qualificazione non potrebbe tuttavia riferirsi alla Corte costituzionale, la quale è soggetta non già alla legge, bensì esclusivamente alla Costituzione: “lunghi dall'aver l'obbligo di applicare la legge, la Corte costituzionale ha anzi il potere di dichiararne la illegittimità costituzionale, provocandone così l'annullamento e quindi inibendone l'applicazione da parte di ogni altra autorità giurisdizionale” (R. GUASTINI, *op. cit.*, 183).

¹¹⁶ V. Corte cost. n. 83/1966. Questa decisione teorizzò, ai fini della legittimazione come autorità rimettente, la sufficienza anche di uno solo tra i due requisiti, impostazione peraltro confermata dalla giurisprudenza costituzionale successiva. In tal senso, v. anche Corte cost. nn. 67/1974, 226/1976.

¹¹⁷ In relazione alla posizione istituzionale e costituzionale del p.m., v., *ex multis*, Corte cost. nn. 190/1970, 96/1975, 463, 1993 e 420/1995. In senso difforme, v. - seppure isolata - Corte cost. n. 88/1991, dove si afferma che anche il p.m. sarebbe soggetto soltanto alla legge ex art. 101, co. 2, Cost. al pari del giudice.

¹¹⁸ P. GROSSI, *Indipendenza del pubblico ministero e soggezione dei giudici alla legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1964, 564. Secondo l'A., “per il pubblico ministero si uniscono all'indipendenza esterna le garanzie necessariamente stabilite dalle norme sull'ordinamento giudiziario, se trattasi di magistrati ordinari, e quelle solo eventualmente poste dalla legge per gli altri. Il che spiega come per tali organi di giurisdizione ordinaria o speciale siano ammissibili e oggi legislativamente vigenti organizzazioni interne a carattere gerarchico”. In senso contrario, v. V. CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA. VV., *La riforma del pubblico ministero, Atti del Convegno nazionale di studio (Mantova, 5-6 maggio 1973) dell'ANM*, Milano, Giuffrè, 1974, 148. Secondo l'A., il testo approvato dall'Assemblea costituente (nella seduta del 20 novembre 1947) si riferiva a tutti i “magistrati” e non solo ai “giudici”, espressione adottata solo in sede di coordinamento (nella seduta del 22 dicembre 1947). Siffatta interpretazione è risultata piuttosto isolata nel panorama dottrinale italiano, tanto che taluno ha giudicato tale argomentazione inconsistente poiché sprovvista di efficacia dimostrativa (R. GUASTINI, *op. cit.*, 174).

organi requirenti presuppone il perseguimento di finalità qualificabili come “indirizzi di politica giudiziaria”¹¹⁹.

Con ciò, preme sottolineare che l’indipendenza concorre in modo decisivo a caratterizzare la funzione giurisdizionale, ragione per cui si è ritenuto imprescindibile valorizzare il contenuto di garanzia che si accompagna alle previsioni costituzionali racchiuse negli artt. 104 e 107 della Costituzione.

Secondo autorevole dottrina, il concetto di indipendenza sottende infatti una stretta correlazione – se non addirittura un rapporto di immedesimazione – tra la forma e la sostanza della funzione giurisdizionale: il giudice deve essere indipendente poiché l’attività che è chiamato a svolgere deve essere oggettiva e neutrale, giacché, se così non fosse, risulterebbe precario e incerto lo stesso fondamento giustificativo della funzione¹²⁰. Altra parte della dottrina, sottolineando l’inscindibile legame che sussiste tra il sistema giudiziario e il sistema politico, valorizza invece la connotazione necessariamente relativa della nozione di indipendenza della magistratura, da intendere come margine di autodeterminazione professionale di cui gode il giudice, senza il rischio di subire ritorsioni o sanzioni da parte dell’apparato istituzionale in cui è organicamente inserito¹²¹.

Prendendo le mosse dal testo costituzionale, l’indipendenza della magistratura è stata tradizionalmente ancorata alle due prescrizioni costituzionali sopra menzionate: mentre l’art. 104 si occupa dell’indipendenza *esterna* della magistratura, intesa come “ordine”, l’art. 107 si rivolge al singolo giudice, prevedendo un complesso di garanzie dirette a preservarne l’indipendenza *interna*.

La prima delle due disposizioni presenta una struttura articolata ed eterogenea, che si compone di ben sette commi contenenti enunciazioni di varia natura. Se il co.1, prescrivendo che “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”, reca una chiara affermazione di principio, i commi successivi (dal

¹¹⁹ A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 21-22.

¹²⁰ C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994, 3.

¹²¹ C. GUARNIERI, *L’indipendenza della magistratura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1978, 31. L’A. evidenzia dunque la necessità di conciliare l’indipendenza del giudice con la sua responsabilità democratica. Per maggiore approfondimento, v. *infra* capitolo 2.

co. 2 al co. 7)¹²² regolano la composizione del Consiglio Superiore della Magistratura e il regime delle incompatibilità.

Muovendo da una prospettiva storica, deve in primo luogo rilevarsi che la disposizione in commento presenta un contenuto innovativo rispetto alle previsioni precedenti, introducendo nel testo costituzionale la disciplina del Consiglio Superiore della Magistratura: viene, in particolare, riservata una speciale attenzione alla sua composizione, concepita per garantire un'equa rappresentazione della componente togata e di quella laica, e alla sua presidenza, attribuita – come si è visto – al Presidente della Repubblica, quale soggetto collocato in una posizione di terzietà e deputato ad assicurare che il dialogo tra la magistratura e la politica si svolga nel rispetto delle reciproche sfere di competenza.

La prima questione su cui si appuntò l'attenzione degli interpreti fu la qualificazione della magistratura come “ordine” e la sua doppia aggettivazione in termini di autonomia e di indipendenza. Per quanto concerne la prima questione interpretativa, l'impiego della predetta espressione suscitò un acceso dibattito già in seno all'Assemblea costituente, dove si ritenne opportuno distinguere tra il profilo soggettivo dell'organizzazione e il profilo oggettivo dell'esercizio della funzione¹²³. Autorevole dottrina ha rilevato che l'opzione per il termine “ordine” in luogo del termine “potere” troverebbe giustificazione in una duplice ragione: da un lato, nella difficoltà di diversificare il potere giurisdizionale dal potere esecutivo in termini di contenuto delle rispettive funzioni, giacché entrambi debbono applicare la legge al caso concreto, seppure in differenti contingenze temporali e funzionali; dall'altro, nella soggezione del giudice alla legge, e dunque alla volontà politica cristallizzata nel dato

¹²² I commi dal primo al settimo dell'art. 104 Cost. affermano che: “2. Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica. 3. Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione. 4. Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. 5. Il Consiglio elegge un vicepresidente fra i componenti designati dal Parlamento. 6. I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili. 7. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale”.

¹²³ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 15. Per maggiore approfondimento, v. CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati Segretariato generale, 1976, VIII, 1973 ss.

normativo, che inibisce al magistrato l'esercizio di un'attività di carattere nomopoietico¹²⁴. Ad ogni buon conto, la dottrina oramai prevalente sembra aver riferito il termine "ordine" alla dimensione organizzativa e strutturale della magistratura, sul presupposto che la formula "potere" sottenda invece l'espressione di una sovranità che, quantomeno in forma diretta e immediata, non appartiene alla funzione giudiziaria¹²⁵.

In altro senso, volendo considerare non già l'organizzazione strutturale, bensì il profilo funzionale, pare difficile negare alla giurisdizione la qualificazione di potere dello Stato, come peraltro confermato dalla stessa Corte costituzionale in tema di legittimazione attiva alla sollevazione del conflitto di attribuzioni interorganico¹²⁶. Proprio al fine di preservare l'equilibrio tra legislativo, esecutivo e giudiziario, la Costituzione ha introdotto il Consiglio Superiore della Magistratura, che, per la sua peculiare composizione, è stato ritenuto uno strumento necessario a garantire il bilanciamento tra gli organi costituzionali.

A ben vedere, il dibattito sorto intorno alla definizione del ruolo del giudice nell'ordinamento costituzionale sembra privilegiare la seconda delle soluzioni interpretative prospettate, a mente della quale, in parziale disallineamento dal significato letterale della disposizione, il lemma "ordine" viene inteso come sinonimo di "potere", alla luce del contesto effettuale in cui si colloca il dato normativo in esame¹²⁷.

Passando ora alle distinte nozioni di "autonomia" e di "indipendenza" contenute nel primo comma¹²⁸, è opinione oramai consolidata che l'attributo della autonomia debba essere riferito alla magistratura come ordine giudiziario e dunque alla dimensione organizzativa. In questo senso, l'autonomia prevista e garantita dalla Costituzione si configura come sistema di autodisciplina interna, alla quale concorrono anche componenti esterne alla magistratura, sia pure nell'ambito delle coordinate dettate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, che definisce i limiti entro cui essa può

¹²⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1967, 1279.

¹²⁵ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 16.

¹²⁶ V., *ex multis*, Corte cost. nn. 132/1981, 386/1985 e 203/1989.

¹²⁷ V. per tutti V. DENTI, *Il potere giudiziario*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, 173 ss.

¹²⁸ Per maggiore approfondimento sull'elaborazione giurisprudenziale intervenuta sulla dicotomia autonomia-indipendenza, v. G. NAVARRINI, *L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Legalità e giustizia*, 2-3/2004, 247 ss.

essere esercitata¹²⁹. Così declinata, l'autonomia diviene funzionale a garantire l'indipendenza del singolo giudice, la quale mal si presta ad essere intesa – riduttivamente – come manifestazione qualificata del principio di autonomia, esprimendo piuttosto un connotato *funzionale* della giurisdizione, ossia il concreto esercizio della funzione di risoluzione dei conflitti demandata al giudice¹³⁰. In questo senso, l'indipendenza deve essere riferita non già all'ordine, garantito attraverso l'autonomia, quanto invece al singolo giudice, monocratico o collegiale. Ne consegue che il principio di indipendenza può concretamente realizzarsi solo nella misura in cui il giudice è sottoposto alla legge, giacché tale soggezione implica che “il giudice riceva soltanto dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, escludendo qualsiasi intervento esterno circa il modo di giudicare in concreto”¹³¹. Evidentemente, il predetto rapporto di derivazione dell'art. 104, co. 1, dall'art. 101, co. 2, Cost. non permette di ritenere per ciò solo realizzata la garanzia dell'indipendenza, occorrendo al tal fine la predisposizione di uno strumentario che renda effettivo sul piano operativo il valore costituzionale in parola.

Ciò posto, occorre rilevare che il rapporto tra indipendenza e autonomia da un lato, e soggezione alla legge dall'altro, si esprime e si qualifica in funzione della imparzialità, da non intendere come discrezionalità in senso amministrativistico né come mera terzietà rispetto alle parti, quanto piuttosto come individuazione e applicazione della norma alla fattispecie concreta nell'ambito di un sistema precettivo e valoriale precostituito dalla legge, rispetto al quale valutare la fondatezza e la legittimità delle decisioni assunte dal giudice¹³². In questo senso, l'indipendenza diviene funzionale all'imparzialità, la quale a sua volta deriva dalla soggezione soltanto alla legge¹³³.

¹²⁹ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 28.

¹³⁰ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 30.

¹³¹ Corte cost. n. 234/1976.

¹³² F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 32.

¹³³ Secondo il Primo Presidente della Corte di Cassazione, l'indipendenza e l'autonomia “non appaiono come una prerogativa dei magistrati, bensì come la garanzia, in uno Stato di diritto, per l'applicazione equa e imparziale del diritto e per l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge” (G. CANZIO, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2016, 425).

Orbene, il combinato disposto delle norme sinora richiamate consente di affermare che la giurisdizione, intesa come ordine e come potere, consente l'attuazione della funzione garantista dello Stato, realizzata mediante l'applicazione della legge¹³⁴.

Passando, ora, ai commi successivi, occorre svolgere qualche breve riflessione sul Consiglio Superiore, organo di *autogoverno* della magistratura, la cui disciplina è contenuta negli artt. 104 e 105 della Costituzione.

Secondo Torrente, ricostruire l'evoluzione storica del Consiglio Superiore “equivale a scrivere la storia del progressivo affermarsi, non solo nella coscienza collettiva, ma anche nel nostro ordinamento positivo, del principio dell'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo”¹³⁵. Tale affermazione appare particolarmente rappresentativa dell'intima connessione tra l'organo di autogoverno e il principio di indipendenza esterna della magistratura, della quale il primo intende garantire l'attuazione. A ben vedere, l'esperienza di un organo di governo della magistratura non era del tutto sconosciuta alla legislazione italiana sull'ordinamento giudiziario, giacché nel 1880, con il r.d. n. 5230, veniva istituita una commissione consultiva presieduta dal Ministro della Giustizia e composta da magistrati eletti dalla Corte di Cassazione, deputata ad esprimere pareri sullo *status* dei magistrati. L'istituzione della prima incarnazione del Consiglio Superiore della Magistratura si realizzò, poi, con la legge 14 luglio 1907, n. 511. Tale organo, secondo il regime anteriore alla Costituzione, peraltro rimasto in vigore sino alla riforma attuata con la legge 24 marzo 1958, n. 195, fatta eccezione per la materia disciplinare e per gli scrutini, svolgeva funzioni di carattere prevalentemente consultivo, di talché non si distingueva dagli organi, aventi medesima denominazione e analoghe attribuzioni, istituiti presso gli altri ministeri¹³⁶.

Evidentemente, il testo costituzionale si pose in netta soluzione di continuità con la tradizione, assegnando al Consiglio Superiore della Magistratura un ruolo istituzionale e funzionale di primo rilievo nel sistema degli equilibri e delle garanzie costituzionali¹³⁷. Al di là della composizione¹³⁸ e delle specifiche funzioni esercitate

¹³⁴ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 33.

¹³⁵ A. TORRENTE, *Consiglio superiore della magistratura*, voce in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 327-328.

¹³⁶ A. TORRENTE, *op. cit.*, 328-329.

¹³⁷ Per maggiore approfondimento, v. paragrafo 2 del presente capitolo.

¹³⁸ In questo senso, occorre evidenziare che i costituenti optarono per una composizione mista, togata (2/3) e laica (1/3), che esprimesse un rapporto di prevalenza e non di primazia dei membri

dal Consiglio, per le quali si rinvia agli approfonditi studi di settore¹³⁹, si vorrebbe in questa sede sottolineare che la progressiva attuazione dell'art. 104 Cost.¹⁴⁰ e il ruolo assunto dal Consiglio Superiore hanno connotato l'esperienza italiana in termini di originalità, differenziandola dai modelli di ordinamento giudiziario attualmente operanti nel panorama europeo¹⁴¹. La maggiore peculiarità risiede forse nella compresenza dei seguenti elementi: la netta separazione della magistratura dal potere esecutivo, la sussistenza di strumenti di garanzia dell'indipendenza interna ed esterna, la creazione di una struttura amministrativa, distinta tanto dall'esecutivo quanto dagli organi giurisdizionali, preposta all'esercizio delle funzioni strumentali al corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale¹⁴². La virtuosa combinazione dei predetti fattori ha consentito la costruzione di un modello ordinamentale unico nel contesto europeo, il quale ha guidato le scelte in materia di organizzazione giudiziaria di paesi come la Grecia, la Spagna e il Portogallo.

Dopo aver illustrato il profilo esterno dell'indipendenza della magistratura, conviene ora dirigere l'attenzione sull'indipendenza interna, così come declinata dall'art. 107 della Costituzione. La norma contiene tre previsioni fondamentali concernenti la garanzia dell'inalterabilità, l'esercizio dell'azione disciplinare e il

eletti dalla magistratura rispetto a quelli eletti dal Parlamento in seduta comune, nell'ottica di profilare il CSM non già come un organo chiuso, schiacciato su posizioni di matrice corporativa, bensì come un organo che si inserisse armoniosamente nell'assetto dei poteri costituzionali. Grande rilievo deve altresì riconoscersi all'attribuzione della presidenza dell'organo al Presidente della Repubblica, nonché all'individuazione degli ulteriori due membri di diritto nelle figure del Primo Presidente e del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

¹³⁹ V., *ex multis*, L. DAGA, *op. cit.*; E. BRUTI LIBERATI, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, Feltrinelli, 1998; S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura: aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹⁴⁰ Occorre segnalare che il Consiglio Superiore della Magistratura, così come profilato dal testo costituzionale, è stato formalmente istituito con la legge 24 marzo 1958, n. 195, recante le norme sulla costituzione e sul funzionamento dell'organo.

¹⁴¹ Si segnala, in particolare, l'esperienza francese, per la quale si rinvia a quanto già illustrato nel paragrafo 2. Per maggiore approfondimento sul tema dell'indipendenza della magistratura nel contesto sovranazionale, v. E. D'ORLANDO, L. MONTANARI, *L'indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo del Consiglio di Giustizia*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 4/2010, 1603 ss.; R. TONIATTI, *Indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 4/2010, 1733 ss.; M. PATRONO, *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2010, 1613 ss.

¹⁴² N. ZANON, *op. cit.*, 2016.

criterio funzionale quale regola discrezionale dei magistrati¹⁴³. Si è ritenuto, in questa sede, di soffermarsi principalmente sulla prima e sull'ultima prescrizione, poiché ritenute maggiormente rilevanti ai fini della ricostruzione della fisionomia della funzione giurisdizionale ai fini che qui interessano.

Occorre preliminarmente rilevare che la discussione sviluppata sul punto in seno all'Assemblea costituente fu sostanzialmente circoscritta all'ultimo comma dell'art. 107 Cost.¹⁴⁴, il quale afferma che "Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario". Tale formulazione ha infatti rappresentato il compromesso tra due principali orientamenti espressi in seno alla Costituente¹⁴⁵: da un lato, quello volto a respingere ogni tentativo di equiparazione tra la posizione del p.m. e quella del giudice, a fronte del bilanciamento di interessi già operato dal legislatore ordinario¹⁴⁶; dall'altro, quello favorevole all'estensione al p.m. delle garanzie di indipendenza già riconosciute al giudice¹⁴⁷. Ad oggi, la prevalente dottrina sembra ritenere che la garanzia dell'indipendenza debba essere attribuita anche al pubblico ministero, di talché il margine di intervento che residua al legislatore concernerebbe meramente l'articolazione delle garanzie del p.m. e, in particolare, l'organizzazione interna dell'ufficio a cui appartiene¹⁴⁸.

Ciò premesso, occorre ora svolgere una breve riflessione sull'istituto dell'inamovibilità di cui al primo comma della disposizione in esame, il quale – a ben

¹⁴³ Si ricorda infatti che l'art. 107 Cost. afferma che "1. I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. 2. Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. 3. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. 4. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario".

¹⁴⁴ Seduta pom. 26 novembre 1947, in A.C., V, 4115 ss.

¹⁴⁵ N. ZANON, *op. cit.*, 2059.

¹⁴⁶ Art. 39, r.d.lg. 511/1946 (legge Togliatti), che modifica l'art. 69, r.d. 12/1941, sostituendo la "direzione" con la meno invasiva attività di "vigilanza" ministeriale sulle funzioni svolte dalla pubblica accusa.

¹⁴⁷ Si rinviene traccia di quanto detto dell'art. 99, co. 4, del Progetto di Costituzione, il quale affermava che "Il Pubblico Ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati".

¹⁴⁸ E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del Pubblico Ministero*, in ID., *Studi di diritto costituzionale*, Napoli, Morano, 1966, 33-34; V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico Ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma*, Bologna, Zanichelli, 1979, 12 ss.; N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 7; C. GUARNIERI, *L'indipendenza del p.m.*, in *Il Mulino*, 277/1981, 725 ss.

vedere – non individua un principio del tutto nuovo nel nostro ordinamento giuridico, poiché già lo Statuto albertino riconosceva la garanzia dell’*inamovibilità*, decorsi tre anni di esercizio della funzione giurisdizionale¹⁴⁹. Le principali novità dischiuse dall’art. 107, co. 1, Cost. risiedono piuttosto nell’attribuzione a detta garanzia di una copertura costituzionale, in funzione dell’attuazione del principio di indipendenza posto dall’art. 104 Cost., nonché nel rinvio generico alla categoria dei magistrati, senza distinzione tra funzione giudicante e funzione requirente, seppure nei limiti previsti dall’ultimo comma della norma in esame¹⁵⁰.

Se tale è il contenuto di novità che si accompagna alla previsione costituzionale, deve rilevarsi che, dal punto di vista prescrittivo, l’*inamovibilità* implica la necessità che “i provvedimenti di dispensa o sospensione dal servizio, ovvero di destinazione ad altre sedi o funzioni, siano assunti dal Consiglio Superiore della Magistratura a conclusione di procedimenti garantiti [...] ovvero consensuali [...]”¹⁵¹. Tale istituto, prescrivendo uno specifico *modus procedendi* per l’assunzione dei provvedimenti concernenti lo *status* dei magistrati, appare infatti preordinato a tutelarne il diritto alla conservazione della sede e delle funzioni, al fine di rafforzarne l’indipendenza e di evitare nel contempo che esso possa tramutarsi in una forma di privilegio personale. Deve infatti rilevarsi che il Costituente non ha inteso assegnare alla garanzia *de qua* un valore assoluto e incondizionato, posto che l’*inamovibilità* risulta funzionalizzata alla tutela dell’autonomia dell’ordine giudiziario e soprattutto dell’indipendenza del singolo giudice. Ne consegue che, ove il collegamento teleologico con i valori richiamati dovesse indebolirsi, risulterebbe giustificata una riesplorazione della discrezionalità del Consiglio Superiore, legittimato ad intervenire nel rispetto dei limiti previsti e delle fattispecie tipizzate nella legge sull’ordinamento giudiziario¹⁵².

Evidentemente, posto che il provvedimento di mobilità del magistrato, se pure assunto secondo i crismi indicati dal dettato di rango costituzionale e ordinario, è idoneo ad incidere sulla titolarità dei procedimenti giudiziari, vi è il rischio che esso

¹⁴⁹ L’art. 69 dello Statuto albertino affermava che “I Giudici nominati dal re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono *inamovibili* dopo tre anni di esercizio”.

¹⁵⁰ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Commento dell’art. 107 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione, La magistratura*, II, Bologna – Roma, Zanichelli, 1986, 141.

¹⁵¹ N. ZANON, *op. cit.*, 2053.

¹⁵² F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 143.

arrechi un pregiudizio al principio di precostituzione del giudice¹⁵³. Invero, la Corte costituzionale ha sempre respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento a provvedimenti di mobilità temporanea per violazione dell'art. 25 Cost., valorizzando le esigenze di “continuità” e di “prontezza” della funzione giurisdizionale¹⁵⁴ ed evidenziando che la procedimentalizzazione dei trasferimenti e delle assegnazioni lascia in ogni caso residuare un margine di discrezionalità nella scelta del magistrato designando, che risponde a scopi di efficiente e razionale organizzazione e distribuzione del lavoro degli uffici giudiziari¹⁵⁵.

Veniamo ora all'ultimo profilo che si è scelto di analizzare, rappresentato dal terzo comma dell'art. 107 Cost., il quale codifica il principio di indipendenza interna funzionale¹⁵⁶. Tale norma è stata considerata “l'elemento di qualificazione di tutto il sistema”, essendo rivolta a impedire la riaffermazione di modelli gerarchici lesivi dei principi di autonomia e di indipendenza della magistratura¹⁵⁷. Occorre infatti rammentare che in epoca precostituzionale l'organizzazione degli uffici giudiziari era informata al principio di gerarchia, espressamente consacrato a livello legislativo¹⁵⁸.

¹⁵³ Sul principio del giudice naturale, v. A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, 1 ss., secondo il quale l'art. 25, co. 1, Cost. non recepisce un principio risultante da una concreta esperienza applicativa, codificando piuttosto una regola astratta, il cui significato è stato in larga parte rimesso all'attività ermeneutica della Corte costituzionale. Indubbiamente, la garanzia costituzionale del giudice naturale svolge una funzione strumentale alla garanzia di altri principi costituzionali logicamente connessi, quali l'indipendenza, l'imparzialità e la tutela giurisdizionale. In questo senso, l'A. sostiene che il principio del giudice naturale sia al contempo una norma formale, nella misura in cui sancisce una riserva assoluta di legge in materia di competenza giurisdizionale e una norma sostanziale, che impone la precostituzione del giudice rispetto al fatto da giudicare in funzione di garanzia delle parti. Per maggiore approfondimento, v. anche ID., *Sul significato dell'espressione «giudice» nell'art. 25, co. 1, della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1970, 1067 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudice precostituito per legge fra diritto del cittadino e tutela dell'indipendenza interna della magistratura*, in *Il Foro italiano*, 2/2009, 110 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014, 199 ss.; M. NATALE, *Alcune considerazioni sul tema della naturalità e della precostituzione per legge del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2006, 4651 ss..

¹⁵⁴ Corte cost. nn. 156/1963, 52/1977.

¹⁵⁵ Corte cost. n. 143/1973.

¹⁵⁶ Q. CAMERLENGO, *Soltanto per diversità di funzioni? I magistrati ordinari tra carriera e prestigio*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2014, 285.

¹⁵⁷ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 162. Altra parte della dottrina, ritiene che il principio in oggetto sarebbe la traduzione in ambito giurisdizionale del principio di uguaglianza (A. AMORTH, *La Costituzione italiana: commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, 109).

¹⁵⁸ Il r.d. 12/1941, agli artt. 4 e 39, faceva infatti espresso riferimento al diverso grado dei magistrati. Era, dunque, lecito parlare di gerarchia poiché sia i magistrati d'appello sia quelli di

Evidentemente, tale modello favoriva il tendenziale adeguamento dei giudici inferiori agli orientamenti espressi dalle giurisdizioni superiori, determinando di conseguenza il consolidamento di posizioni conservatrici, stante il timore che interpretazioni evolutive del diritto potessero pregiudicare eventuali progressioni di carriera¹⁵⁹.

Senza dubbio, l'entrata in vigore della Costituzione comportò un significativo rinnovamento delle dinamiche organizzative interne alla magistratura, che, qualche anno più tardi, fu recepito anche dal legislatore ordinario: la legge Piccioni¹⁶⁰ mutò infatti in modo sostanziale la disciplina anteriormente vigente quanto alla divisione dei magistrati per gradi, affermando che i magistrati ordinari "si distinguono secondo le funzioni"¹⁶¹. L'attuazione del dettato costituzionale fu poi fortemente sollecitata dalla Corte costituzionale, che rivestì un ruolo fondamentale nella transizione da un modello organizzativo di stampo gerarchico ad una struttura informata ai principi di indipendenza e di autonomia¹⁶², sia pure nella consapevolezza che il criterio discrezionale della funzione "non postula affatto che ai magistrati venga riconosciuta una posizione di assoluta parificazione, giacché nella stessa Costituzione, all'art. 105, si prevede che fra i magistrati intervenga avanzamento per promozioni, assegnandone il relativo compito al Consiglio Superiore della Magistratura"¹⁶³. Quest'ultimo sarà tuttavia tenuto ad adottare i provvedimenti relativi allo *status* dei magistrati solo in considerazione dell'idoneità del singolo individuo all'esercizio delle funzioni alle quali deve essere assegnato, senza che ciò assuma rilevanza ai fini degli avanzamenti di carriera¹⁶⁴.

Occorre, tuttavia, rilevare che il sistema di promozione e di carriera dei magistrati ha conosciuto una significativa evoluzione con le riforme degli anni 1966-1973: se infatti fino alla metà degli anni '60 le progressioni di carriera avvenivano attraverso procedure selettive assai rigorose – soprattutto per la promozione a magistrato di

Cassazione "potevano esercitare una diretta influenza sui giudici inferiori, la cui carriera era ad essi in buona misura affidata" (S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 1997, 429 ss.).

¹⁵⁹ Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 289.

¹⁶⁰ Legge 24 maggio 1951, n. 392.

¹⁶¹ Così l'art. 1. Tale modifica implicò conseguentemente la novella degli artt. 4 e 39 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, nel quale il riferimento ai gradi fu sostituito con quello alle funzioni.

¹⁶² Q. CAMERLENGO, *op. loc. cit.*

¹⁶³ Corte cost. n. 80/1970. Dello stesso tenore anche Corte cost. n. 123/1970.

¹⁶⁴ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 165.

appello e di cassazione – al punto che al momento del pensionamento obbligatorio la maggioranza dei magistrati occupava ancora il primo livello di selezione competitiva della carriera, a partire dalla seconda metà degli anni '60 vi fu un'importante inversione di rotta¹⁶⁵. Le riforme consentirono infatti a tutti i magistrati, eccettuate ipotesi circoscritte di demerito per gravi violazioni disciplinari o per mancanza di equilibrio, di percorrere tutti i livelli di carriera previsti sulla base del semplice criterio dell'anzianità di servizio senza demerito, senza sottoporsi alle valutazioni periodiche di professionalità¹⁶⁶.

Tale sistema è rimasto in vigore sino al 2006, allorquando è intervenuta una nuova riforma dell'ordinamento giudiziario che ha determinato il superamento del modello di progressione di carriera basato sulle tradizionali qualifiche in favore di un sistema complesso e articolato, che consentisse di operare una ricostruzione completa e obiettiva della personalità professionale del magistrato mediante il meccanismo delle valutazioni quadriennali di professionalità¹⁶⁷. Queste ultime vengono ora condotte secondo criteri certi e dettagliati stabiliti dalla legge e dagli atti di formazione secondaria del Csm, sulla cui base è possibile formulare un giudizio complessivo e unitario dell'operato del magistrato in un dato periodo, attingendo ad un bacino di informazioni molto più ampio che in passato¹⁶⁸. Come sostenuto in dottrina, pare infatti richiedersi al magistrato “una professionalità nuova, complessa, che va ben oltre il suo compito «tradizionale» di applicare correttamente le norme di diritto al caso concreto”, per ricomprendere anche un insieme di ulteriori capacità – quali, ad esempio, le abilità informatiche, la puntualità e la produttività, il contributo alla risoluzione di problemi contingenti, la capacità di organizzare il lavoro, la disponibilità offerta all'interno

¹⁶⁵ G. DI FEDERICO, *Organico, reclutamento, valutazioni di professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione di funzioni giudiziarie, trattamento economico*, in ID. (a cura di), *Ordinamento giudiziario: uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Padova, Cedam, 2012, 241 ss.

¹⁶⁶ G. DI FEDERICO, *op. loc. cit.*

¹⁶⁷ Si tratta della riforma realizzata con il d.lgs. n. 160 del 2006, in attuazione della l. delega n. 150 del 2005, poi modificato dalla l. n. 111 del 2007.

¹⁶⁸ D. CAVALLINI, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2012, 1223 ss. Invero, non è mancato chi ha osservato che la struttura del procedimento di valutazione tende a consegnare un ruolo decisivo al capo dell'ufficio, rischiando così di innescare “spinte gerarchizzanti”, nonché la reviviscenza di “moduli argomentativi ispirati alla soggettività e al conformismo, esattamente come nel passato” (A. IACOBINI, *Le valutazioni di professionalità*, in *Il Foro Italiano*, 5/2016, 204).

dell'ufficio – che riflettono “i nuovi bisogni della società e le esigenze di efficienza e modernizzazione della giustizia”¹⁶⁹.

Recuperando, in conclusione, il collegamento sopra menzionato tra il principio di stretta legalità della giurisdizione e il principio di indipendenza del giudice, occorre rilevare che i due concetti appaiono interrelati: la legge, in quanto norma generale e astratta, da un lato rappresenta l'unico vincolo cui soggiace l'autorità giurisdizionale, dall'altro, assicura l'impermeabilità del giudice ad ogni influenza esogena¹⁷⁰. Sviluppando ulteriormente tale ragionamento, parte della dottrina giunge ad affermare che, così inteso, l'art. 101, co. 2, Cost. è deputato a preservare l'indipendenza del giudice non solo dagli altri poteri, cosiddetta indipendenza esterna, ma anche da attività potenzialmente invasive poste in essere da altri giudici, cosiddetta indipendenza interna¹⁷¹.

¹⁶⁹ D. CAVALLINI, *op. cit.*, 1248.

¹⁷⁰ N. ZANON, *op. cit.*, 1963.

¹⁷¹ N. ZANON, *op. loc. cit.* In questo senso, la Corte costituzionale ha escluso che l'indipendenza c.d. interna possa essere compromessa dalla riforma di una sentenza a seguito di gravame (Corte cost. n. 142/1971), o dal vincolo del giudice al principio di diritto fissato dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. (Corte cost. n. 50/1970).

CAPITOLO SECONDO

GIUDICE, PROCESSO, DECISIONE

1. Premessa introduttiva. 2. IL GIUDICE. Nozione e fonti di legittimazione. 3. IL PROCESSO. Struttura e funzione. 3.1. La dottrina classica: dal dogmatismo alla tensione verso la giustizia. 3.2. La dottrina moderna: lo statuto epistemologico della verità "processuale". 3.3. La funzione epistemica ed euristica del fenomeno probatorio. 4. LA DECISIONE. Ragionamento giudiziario e sua giustificazione. 4.1. La struttura del ragionamento giudiziario. 4.2. L'esigenza di razionalità della decisione giudiziaria. 4.3. La motivazione della decisione.

1. Premessa introduttiva

Alla luce di quanto illustrato nel capitolo precedente a proposito delle garanzie costituzionali che assistono il potere giudiziario, occorre ora svolgere un'indagine verticale sulla funzione giurisdizionale, che sia in grado di cogliere e di rappresentare tre fondamentali dimensioni: quella *soggettiva*, concernente la nozione di giudice e le fonti di legittimazione della giurisdizione; quella *oggettiva*, attinente al processo e alle sue finalità; quella *metodologica*, avente ad oggetto la struttura del ragionamento che il giudice impiega per pervenire al risultato del proprio *ius dicere*, ossia la decisione.

L'intenzione di chi scrive è infatti quella di analizzare la fisionomia della funzione giurisdizionale mediante una chiave di lettura articolata nella triade *giudice - processo - decisione*. Muovendo dal presupposto che la giurisdizione si caratterizza – almeno nel nostro ordinamento – per la sua estraneità al circuito di legittimazione politico-rappresentativa, si è scelto di dedicare le riflessioni che seguiranno allo studio della funzione giurisdizionale non già in astratto, bensì nel suo concreto atteggiarsi all'interno del perimetro elettivo di operatività del giudice: il processo. Ciò allo scopo di stabilire, da un lato, quali siano il fine ultimo cui tende il giudizio e quale l'orizzonte epistemico entro cui si svolge l'attività del giudice, e dall'altro, quale sia la struttura del ragionamento decisorio e come esso debba trovare adeguata e razionale giustificazione nella motivazione posta a fondamento della decisione.

Evidentemente, siffatta indagine imporrà di confrontarsi, in modo particolare, con il momento applicativo del principio di legalità e del principio della soggezione

alla legge, che rappresentano le coordinate entro cui si sviluppa l'attività giurisdizionale così come delineata dai precetti costituzionali.

Occorre, inoltre, rilevare che tale ricerca costituisce la premessa teorica indispensabile per cogliere la complessità delle interazioni tra funzione giurisdizionale e sapere scientifico a cui è dedicata la seconda metà della presente trattazione, giacché solo conoscendo la conformazione dell'attività giurisdizionale nel suo *dover essere* sarà possibile comprendere le torsioni a cui essa è sottoposta, ossia il suo *essere*, nell'era del progresso tecnico-scientifico.

2. IL GIUDICE. Nozione e fonti di legittimazione

Il tema della legittimazione del potere giudiziario è, indubbiamente, una delle questioni maggiormente controverse nel panorama dottrinale italiano, giacché – come è noto – la funzione giurisdizionale non gode di un autonomo titolo di legittimazione¹; ciò, tuttavia, non esime lo studioso dal tentativo di individuare la giustificazione della posizione costituzionale e ordinamentale del potere giudiziario, inteso – come si è visto – come un potere indipendente e distinto dagli altri poteri dello Stato.

Preliminarmente, occorre chiarire che cosa debba intendersi con l'espressione *giudice* dal punto di vista della teoria generale, giacché – come si vedrà – si tratta di una questione ermeneutica nient'affatto scontata, che merita dunque di essere adeguatamente illustrata².

¹ A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, in ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, 65.

² Occorre, in questa sede, rilevare che in origine la tradizione positivista francese e tedesca ricostruivano il potere giudiziario come un potere nullo o neutro, il quale doveva limitarsi all'applicazione della legge senza poter svolgere, mediante l'interpretazione, alcuna attività creativa. Invero, tale teorica mostrò presto le proprie criticità, giacché la decisione giudiziaria, da un lato, pone la regola del caso concreto, dall'altro, non presenta mai un contenuto completamente determinabile sulla base delle norme preesistenti. Del resto, già Kelsen osservava che la giurisdizione è attività sia di creazione sia di applicazione dell'ordinamento (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, Etas, 1952, 148 ss.). In tempi più recenti, autorevole dottrina ha affermato che tale concezione del ruolo del giudice, limitato alla mera applicazione della legge esistente con conseguente esclusione di ogni potere creativo, è stata “il mito o valore fondamentale con riferimento al quale si è tradizionalmente basata la stessa legittimazione (o accettazione) della funzione giudiziaria”. Essa si lega alla dottrina della separazione dei poteri, che respinge in modo reciso la figura del giudice-legislatore. Tuttavia, questa dottrina denuncia la “conformistica aderenza” del sistema giudiziario, a partire dagli anni '60, tanto al paradigma del giudice *bouche de la loi*, totalmente disancorato dal contesto politico e sociale di riferimento, quanto ad uno stile professionale

In linea generale, la figura del giudice individua un organo, monocratico o collegiale, preposto alla risoluzione della controversia mediante l'emanazione di una decisione dotata di forza giuridica³. Muovendo da una prospettiva lata, fondata su premesse di ordine logico, può ritenersi che il giudice sia quel soggetto che svolge un'attività di carattere giurisdizionale, consistente nella applicazione del comando generale e astratto contenuto nella legge alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame⁴. Invero, tale definizione non appare pienamente appagante, giacché, concentrandosi esclusivamente sul profilo soggettivo-funzionale, trascura – forse – la connotazione istituzionale del potere giudiziario⁵. Se infatti il giudice deve anzitutto essere qualificato come *organo* incardinato all'interno di un'organizzazione giudiziaria pubblica⁶, ne consegue che egli rappresenta il soggetto deputato ad esprimere la volontà

caratterizzato da “agnosticismo politico e sociale” (G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2/1978, 802).

³ Condiviso è, altresì, il rilievo secondo cui deve considerarsi giudice sia colui che *ius dicit*, cioè che pone la regola di risoluzione del caso concreto, sia colui che soltanto *iudicat*, cioè definisce la controversia applicando una norma preesistente (E. SPAGNA MUSSO, *Giudice* (nozione e profili cost.), voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1991, 931).

⁴ A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giurisdizione: nozioni fondamentali*, in ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., 20. In questo senso, l'A. ritiene che la funzione giurisdizionale sia stata profilata come una forma di razionalizzazione del sistema costituzionale, funzionale alla tutela dello stato di diritto (A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 93), tale per cui i giudici appaiono non già come uomini di fini, bensì - per usare le belle parole di Silvestri - come “uomini di regole” (G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 241).

⁵ In questo senso, vedi anche S. BARTOLE, *Giudice*, I (Teoria generale), voce in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XV, Roma, Treccani, 1991, 2. Secondo l'A., le dottrine costituzionalistiche declinano la nozione di giudice secondo due diverse prospettive interpretative: una di tipo funzionalista, in quanto imperniata sulle funzioni esercitate dagli organi giurisdizionali, e l'altra di tipo strutturalista, tesa piuttosto ad indagare la posizione istituzionale rivestita dalla magistratura nel sistema dei poteri statali. Il primo indirizzo - di matrice soggettivistica - risentirebbe tuttavia secondo l'A. della teoria del diritto abbracciata dall'interprete di turno, restituendo pertanto soluzioni definitorie particolaristiche e non univoche, sicché si ritiene opportuno privilegiare il secondo filone di indagine, focalizzato sulla posizione istituzionale del giudice.

⁶ Per maggiore approfondimento sul ruolo del giudice dal punto di vista ordinamentale, vedi G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 798 ss., secondo il quale il giudice, mediante l'apprezzamento dei fatti delle singole controversie e la valutazione dell'impatto politico e sociale delle differenti opzioni decisorie consentite dal testo della legge, può verificare con maggiore accuratezza la compatibilità delle norme da applicare al sistema dei valori costituzionali predicati dalla Costituzione repubblicana, così da contribuire, assieme alla Corte costituzionale, alla depurazione della legislazione esistente dalle incrostazioni illiberali e autoritarie ereditate dal ventennio fascista.

dell'istituzione a cui appartiene, di talché la sua attività diviene immediata manifestazione della sovranità dello Stato⁷. Che poi la sua funzione sovrana derivi da un'investitura regia o dalla volontà popolare non rileva, giacché la differente fonte di legittimazione del potere non incide sull'unica condizione che, in ogni caso, è postulata dalla natura sovrana delle funzioni esercitate, ossia la posizione di indipendenza nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento⁸.

Ciò premesso, il primo dato da rilevare è che la funzione giurisdizionale sfugge alle regole costituzionali che caratterizzano il circuito democratico, le quali attribuiscono ad ogni funzione politica rilevante una legittimazione popolare, giacché il consenso non rappresenta né il fondamento né la giustificazione dell'attività giurisdizionale⁹.

Secondo Ferrajoli, la diversità delle fonti di legittimazione rispettivamente della giurisdizione¹⁰ e dei poteri politici va ascritta alla natura stessa delle funzioni pubbliche esercitate: mentre infatti le funzioni politiche di governo – tra cui l'Autore annovera quelle legislative, quelle governative in senso stretto e quelle ausiliarie di tipo amministrativo – apparterrebbero alla sfera discrezionale del «decidibile», le funzioni di garanzia – ove per l'appunto è ricompresa la funzione giudiziaria insieme con le funzioni amministrative vincolate – sarebbero invece poste a presidio della sfera dell'«indecidibile»¹¹. Recuperando le belle parole di Silvestri, il giudice appare in tal senso come uomo non già “di fini” ma “di regole”¹².

Continuando a seguire le riflessioni di Ferrajoli, l'Autore riconduce la *legis-latio* e la *iuris-dictio* alle due grandi dimensioni dell'esperienza umana: “volontà e

⁷ E. SPAGNA MUSSO, *op. ult. cit.*, 933. Nello stesso senso, vedi anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1967, 981; A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, I, Paris, Sirey, 1927, 540.

⁸ E. SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, 938.

⁹ N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzione dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2002, 178. Nello stesso senso L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 4/2009, 9.

¹⁰ L'A. impiega qui il termine “giurisdizione” in senso atecnico, come sinonimo di funzione giurisdizionale. Per maggiore approfondimento sul significato processualistico della nozione di giurisdizione, vedi C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, IX, IV. ed., Torino, Utet, 1993, 129 ss.

¹¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 11.

¹² G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 241.

conoscenza, potere e sapere, disposizione e accertamento, consenso e verità, produzione e applicazione del diritto”¹³. Se infatti la rappresentanza e il consenso fondano gli spazi della politica, la giurisdizione, essendo priva di una legittimazione di carattere rappresentativo o consensuale, rinviene piuttosto la propria giustificazione nella correttezza e nella fondatezza dei presupposti giuridici del suo esercizio¹⁴. Ad avviso dell’Autore, le ragioni su cui riposa la prospettata distinzione tra le due classi di poteri risiedono sia nel carattere tendenzialmente cognitivo della giurisdizione¹⁵, sia nella funzione di garanzia delle libertà e dei diritti fondamentali attribuita al giudice, che consente di qualificare quello giudiziario come un potere contro-maggioritario, deputato a vigilare sul corretto esercizio degli altri poteri in posizione di autonomia e di indipendenza¹⁶.

Sulla base di tali argomentazioni, il fondamento della legittimazione e dell’indipendenza del giudice finirebbe per coincidere con le funzioni stesse della

¹³ L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

¹⁴ L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.*

¹⁵ L’A. ritiene che la natura cognitiva, oltre che prescrittiva, dell’attività giurisdizionale sia ricavabile con particolare evidenza dalla motivazione, in fatto e in diritto, che ogni provvedimento giudiziario deve contenere, dalla quale dipende sia la sua validità o legittimazione giuridica, sia la sua giustizia sostanziale o legittimazione politica. In questo senso, il carattere cognitivo della giurisdizione vale, da un lato, a configurarla come applicazione sostanziale della legge, dall’altro, impedisce che la giurisdizione si trasformi nel regno dell’arbitrio. Per tali ragioni, l’A. sostiene che possa istituirsi un collegamento tra funzione giurisdizionale e volontà popolare, nella misura in cui il giudice dà applicazione alle determinazioni politiche che sono state cristallizzate nella legge e nella Costituzione. Nello stesso senso, Corso sostiene che l’unico strumento che consenta di controllare la accettabilità razionale e giuridica di una decisione giudiziaria sia la sua motivazione, ossia la giustificazione che il giudice è tenuto a fornire del proprio ragionamento. L’A. rammenta che è proprio il vincolo del giudice alla legge a giustificare l’obbligo di motivazione delle sentenze – previsto dall’art. 111, co. 6, Cost. – il quale permette di conferire una forma di investitura democratica anche in un settore come la magistratura, ove le nomine avvengono mediante concorso (L. CORSO, *Funzione giudiziaria e sovranità popolare*, in *Nuove Autonomie*, 3-4/2007, 601). Si rammenta che il reclutamento dei magistrati mediante concorso è stata una opzione formulata trasversalmente in tutti i quattro progetti di riforma sul potere giudiziario: l’art. 20 del progetto di Calamandrei, l’art. 2 del progetto di Leone, l’art. 15 del progetto di Patricolo e l’art. 5 del progetto della Commissione ministeriale. Per maggiore approfondimento, v. F. RIGANO, *op. cit.*, 263 ss.

¹⁶ L. FERRAJOLI, *op. loc. cit.* In quest’ultimo senso, la giurisdizione, in quanto garante della legalità e della trasparenza dei pubblici poteri, configurerebbe secondo l’Autore un “limite alla democrazia politica” e dunque un autentico contro-potere (L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto*, 1/1997, 290). Per maggiore approfondimento sul pensiero di Ferrajoli, v. M. TARUFFO, *Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2008, 631 ss.

giurisdizione, ossia con l'accertamento della verità processuale¹⁷, condotto sulla base delle risultanze probatorie, e con la tutela delle posizioni giuridiche soggettive¹⁸. È così che la riflessione dell'Autore approda a conclusioni caute e relativistiche, colorate – forse – da una punta di disincanto, nella misura in cui riconosce la ineluttabile relatività e imperfezione delle fonti di legittimazione della giurisdizione, la quale, in fondo, non può che dipendere dalla fiducia – non già dal consenso – dei cittadini, tanto maggiore quanto più forte è il legame tra libertà e sicurezza¹⁹.

Invero, al di là delle oscillazioni provocate dalle contingenze giuridiche e sociali, un dato appare incontrovertibile, ossia il fatto che il primo fondamento della giurisdizione risiede nella soggezione della stessa alla legge: l'art. 101, co. 2, Cost. rappresenta, senza dubbio alcuno, la norma cardinale nella giustificazione del ruolo della magistratura nel sistema costituzionale²⁰. Tale disposizione mira a subordinare il giudice al principio di legalità, il quale – come è noto – ammette una duplice declinazione: in senso sia formale sia sostanziale²¹. Nel primo significato, esso indica che il giudice è tale poiché “riceve il proprio potere da una norma di grado superiore

¹⁷ Secondo l'A., in aderenza alla posizione avanzata dalla dottrina largamente maggioritaria, la verità processuale “è sempre una verità opinabile in diritto e probabilistica in fatto” e dunque tipicamente relativa (L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. CHIODI, D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, Giuffrè, 2013, 19). Sul punto si rinvia *infra* al paragrafo 3 del presente capitolo.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, cit., 16. Secondo l'A., la soggezione alla legge e, ancor prima, alla Costituzione trasformerebbe il giudice nel garante dei diritti fondamentali anche contro il legislatore “attraverso la censura di invalidità delle leggi da cui quei diritti sono violati promossa dai giudici ordinari e dichiarata dalle corti costituzionali” (L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e democrazia*, cit., 288).

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, cit., 22.

²⁰ Secondo autorevole dottrina, il principio di sottoposizione del giudice alla legge consente, infatti, di soddisfare tre esigenze fondamentali: l'uguaglianza di trattamento e l'imparzialità di giudizio, la certezza del diritto e la controllabilità della soluzione (F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Laterza, 2001, 158). Nello stesso senso, v. anche Violante, secondo il quale “La legittimazione della magistratura si fonda [...] sull'osservanza delle regole sostanziali e processuali, e sull'autonomia, nell'interpretazione della legge, dai desiderata delle parti politiche e dai sentimenti dell'opinione pubblica” (L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, 158).

²¹ Sulla differenza tra principio di legalità e *rule of law*, vedi, *ex multis*, M. TARUFFO, *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1999, 931 ss., secondo cui la Rule of Law esprimerebbe la preferenza per “una giustizia «uguale», stabile e prevedibile, benché talvolta formalistica, rispetto alla *equitable*, forse più «giusta» nel singolo caso concreto ma lasciata alla discrezionalità o all'arbitrio soggettivo del giudice”. Per maggiore approfondimento, vedi anche G. PALOMBELLA, *Il Rule of Law oltre lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2009, 325.

che, autorizzandolo a decidere, attribuisce al contempo vincolatività-validità alla pronuncia²². Sotto il profilo sostanziale, il principio di legalità dovrebbe invece essere inteso come vincolo sul contenuto della sentenza, ossia come conformità del contenuto della sentenza al contenuto della legge²³.

Invero, altra parte della dottrina sostiene che nei regimi democratici la fiducia nella magistratura sarebbe assicurata dalla imparzialità delle norme, che a sua volta discende da un duplice ordine di fattori: il fatto che tali norme abbiano ricevuto indirettamente il consenso delle parti mediante procedure democratiche di emanazione, e il fatto che esse siano espressione di un soggetto terzo e imparziale, ossia la volontà popolare²⁴.

A ben vedere, a prescindere da quale sia la fonte di legittimazione che si vuole invocare²⁵, occorre constatare – non senza qualche inquietudine – che, nei tempi odierni, la tradizionale figura del giudice, che applica ed interpreta un diritto chiaro e coerente, sembra sempre più incrinarsi nella sua compattezza dinanzi ad alcuni fenomeni sintomatici.

In primo luogo, la smisurata proliferazione dei testi normativi ha provocato e provoca un significativo incremento delle aporie e delle antinomie normative, le quali, tuttavia, non esimono il giudice dall'individuazione della soluzione del caso concreto sottoposto al suo giudizio, soluzione che – verosimilmente – sarà connotata da un margine di discrezionalità più accentuato²⁶. Vi è inoltre la spinta centrifuga derivante

²² L. CORSO, *op. cit.*, 588.

²³ L. CORSO, *op. cit.*, 589.

²⁴ C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/1979, 34. Secondo Di Giovine, ciò determina l'instaurazione di uno stretto collegamento tra indipendenza e responsabilità democratica del giudice (A. DI GIOVINE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Quale giustizia*, 41-42/1977, 750 ss.).

²⁵ Salvatore Satta, in un momento di generale scoramento e disillusione dovuta ai tragici fatti della Seconda guerra mondiale, scriveva che “la forza su cui il giudice si regge, la fonte della sua autorità non è umana, ma divina, è il *charisma*, per usare una parola e un concetto mirabilmente illustrati da Federico Shultz nei suoi *Principi del diritto romano*” (S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 22).

²⁶ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/2001, 19. In questo senso, v. anche G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del «governo dei giudici»*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, Cedam, 2008, 69. L'A. parla di “paradosso della regolamentazione”, tale per cui all'incremento delle regole poste dalle pubbliche autorità corrisponde “una sorta di

– come si è visto nel precedente capitolo – dalla crisi dei modelli nazionali sotto la pressione degli ordinamenti sovranazionali, che ha determinato il superamento della dimensione meramente statale. Dinanzi ad un simile mutamento degli assetti geopolitici, si amplifica il rischio che il giudice si lasci guidare da valutazioni soggettive di carattere politico-culturale²⁷. Infine, occorre segnalare che lo stesso modello di “giustizia delle norme”, ossia della decisione giudiziaria come decisione secondo regole, viene talvolta giudicata come astratta e formalistica e, di conseguenza, rifiutata in favore di un paradigma decisionale individualizzato o, *rectius*, “situato”, cioè modellato sulle particolarità del caso concreto²⁸.

Benché tali fattori abbiano senza dubbio inciso sulla fisionomia e sui contorni del potere giurisdizionale²⁹, i principi e i postulati fondamentali della cultura giuridica occidentale, quali la legalità e l’uguaglianza dinanzi alla legge, sembrano ancora opporre una forza di resistenza contro le (pericolose) derive di una giustizia particolaristica. Con la crescente complessità degli ordinamenti giuridici cresce infatti parallelamente l’esigenza che la decisione giudiziaria sia giusta, cioè assunta nel rispetto di tre condizioni necessarie: le garanzie processuali, l’accertamento veritiero

incomprendibilità dell’ordinamento”, che costringe il giudice a stabilire caso per caso quale sia il contenuto e il significato del diritto. Se le norme sono costruite seguendo una logica casistica, e di conseguenza, priva di sistematicità e di coerenza, il rischio è quello di affidarci ad una “democrazia giudiziaria”. Perplessità analoghe vengono espresse da Ferrajoli, il quale rivolge però la sua critica alla tendenza – giudicata non condivisibile – dell’odierna dogmatica costituzionalista di ritenere che i principi costituzionali siano, da un lato, oggetto di ponderazione anziché di applicazione, e dall’altro, che possano essere sempre bilanciati “con principi morali inventati dai giudici”. Secondo l’A., tali devianze rischiano di compromettere in modo decisivo l’indipendenza della giurisdizione e la sua legittimazione, finendo per consegnare al potere giudiziario una vera e propria potestà normativa. Tuttavia, l’attività del giudice risiede non già nella produzione delle norme giuridiche, sia pure attraverso il bilanciamento dei principi, bensì nell’interpretazione del diritto già esistente. Opinando diversamente, si offrirebbe un potente argomento a sostegno dell’investitura politica del potere giudiziario, da realizzarsi o in forma elettiva o mediante collocazione alle dipendenze del potere esecutivo (L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2805-2806).

²⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 18-19.

²⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 15-16.

²⁹ Proprio a fronte delle spinte disgregative descritte, parte della dottrina, italiana e straniera, avverte l’indifferibile esigenza di accrescere l’autorevolezza del giudice mediante un “supplemento di legittimazione” (P. BORGNA, M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Roma, Laterza, 2003, 10; J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici: nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, Liberilibri, 2006, 84 ss.).

dei fatti controversi e la corretta interpretazione e applicazione delle norme rilevanti nella fattispecie concreta³⁰.

3. IL PROCESSO. Struttura e funzione

3.1. La dottrina classica: dal dogmatismo alla tensione verso la giustizia

Ciò posto in relazione alle fonti di legittimazione del potere giudiziario, occorre ora dirigere l'attenzione sul terreno elettivo in cui si estrinseca la funzione giurisdizionale: il *processo*. Tale indagine appare infatti essenziale a comprendere quali compiti incombano sul giudice non già sul piano ordinamentale, bensì nella sede propria in cui si dispiegano concretamente le sue funzioni. Si anticipa sin da ora che la trattazione verrà sviluppata intorno al rapporto tra processo, giustizia e verità, al fine di stabilire quale sia – o quali siano – gli scopi del processo nei moderni sistemi democratici. Siffatta disamina, lungi dal soddisfare un'esigenza meramente speculativa, consentirà infatti di chiarire su quale base cognitiva ed epistemologica³¹ poggia l'attività giurisdizionale, anche al fine di verificare – come si vedrà nella seconda metà del presente lavoro – se e come i percorsi di verità vengano plasmati dall'ingresso del sapere scientifico nella cornice processuale.

Nel districarsi all'interno di un tema così vasto e dibattuto, si è scelto di prendere le mosse dal pensiero dei maestri della scuola processualistica italiana, i quali a partire dal secondo dopoguerra hanno avvertito l'esigenza di riponderare il proprio approccio – da loro stessi giudicato eccessivamente dogmatico e astratto – allo studio del processo nel tentativo di recuperare il senso più profondo della scienza processualista, che obbliga lo studioso a confrontarsi con i temi della verità e della giustizia³².

³⁰ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 20.

³¹ La nozione di “epistemologia” designa, nella sua accezione originaria, la parte della gnoseologia che studia i fondamenti, la validità, i limiti della conoscenza scientifica (*epistème*). In un'accezione più moderna e corrente, s'intende per epistemologia l'indagine critica intorno alla struttura e ai metodi (osservazione, sperimentazione e inferenza) delle scienze, nonché anche l'analisi critica dei fondamenti di singole discipline o della conoscenza in quanto tale.

³² In questo senso, meritano di essere ricordate le parole di Carnelutti, il quale, in una prolusione a tratti commovente, afferma che l'esame di coscienza del vecchio maestro non lo lascia tranquillo. L'A., richiamando le impressioni avvertite nel corso della sua ultima lezione, confessa quanto segue: “Mi pareva, mentre la comunione con i discepoli era giunta ad una tensione da sfiorare la sofferenza, di vedere tutti i miei stessi concetti, lavorati con tanta fatica, staccarsi come foglie secche dall'albero: azione, giurisdizione, cosa giudicata, negozio, provvedimento, nullità, impugnazione, tutto ciò in quel momento solenne mi ha rivelato, alfine,

A ben vedere, la riflessione dei padri del diritto processuale appare orientata verso la ricerca del significato e dello scopo del processo, il quale è stato piegato dalle forze storiche alla perpetrazione di crimini e di atrocità al punto da essere ridotto a forma vuota, suscettibile di essere riempita di qualsiasi contenuto, al di là del bene e del male³³. Nel denunciare i limiti intrinseci ed estrinseci del formalismo giuridico, la dottrina italiana della metà del secolo scorso osserva che il processo rappresenta in realtà “qualche cosa che tocca tutte le persone e tutti gli interessi”, giacché dietro alle questioni tecniche si cela sempre un problema della vita³⁴. Ne discende la necessità di combinare allo studio puramente concettuale e teorico del processo la considerazione del significato ‘antropologico’ che esso reca in sé proprio in quanto fatto umano, che come tale “esiste solo in concreto”³⁵.

Secondo Calamandrei, il peccato più grave commesso dalla scienza processuale della prima metà del XX secolo è stato per proprio quello di aver separato il processo dal suo *scopo sociale*, nella presunzione che le costruzioni logiche e sistematiche – sia pure mirabilmente edificate – fossero più attendibili della realtà pratica delle aule

la sua miseria. Sulla scena, davanti a me, non c'erano che due uomini: chi giudica e chi è giudicato. Due uomini: questo è il problema. Due fratelli: questa è la soluzione”. L'A. esorta, dunque, i propri colleghi - *in primis* l'amico Satta - a non abbandonarsi allo scetticismo e allo scoramento, ricordando loro che il compito del maestro di diritto processuale consiste nel cercare e nell'insegnare come il “mistero” del giudizio si celebri (F. CARNELUTTI, *Torniamo al “giudizio”*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1949, 174).

³³ Degne di nota sono, in tal senso, le parole di Calamandrei, il quale, nel discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale che si svolse a Firenze il 30 settembre 1950, denuncia che “Nelle aule ove eravamo abituati a venerare magistrati sereni ed imparziali, assassini e depredatori mascherati da giudici si sono assisi su quei seggi, ed hanno dato ai loro misfatti nome e suggello di sentenze”, così da corrompere e deformare per sempre gli schemi e gli schermi del giudizio e della sentenza. Il maestro si chiede, dunque, come si possa a continuare ad avere fede nella scienza - quella processuale - che ha elaborato meccanismi suscettibili di servire qualunque padrone (P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, 276). Le medesime preoccupazioni vengono espresse da Capograssi, il quale si chiede: “Che cosa sono queste forme, che forze storiche audacemente riescono a torturare a contorcere a ridurre a mezzi per fini contro cui quelle istituzioni pareva che fossero destinate a garantire la vita?”. Ad avviso dell'A., l'unico modo per riportare ordine all'interno dell'esperienza giuridica è quello di “cercare di risalire alle cose supreme, ritrovare il significato di vita delle istituzioni e degli istituti del diritto” (G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, 2-3).

³⁴ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 1.

³⁵ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 4. Nello stesso senso, v. anche Calamandrei, il quale, nel ricordare a sé stesso e ai suoi colleghi che “anche il processo è essenzialmente studio dell'uomo”, auspica che il “personalismo”, inteso come rispetto della persona umana, possa consentire di correggere gli eccessi del dogmatismo e dell'astrattismo non solo nel campo del diritto penale, ma anche nello studio del processo (P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit., 288-289).

giudiziarie³⁶. In ciò dimenticando che il diritto processuale non può che esser concepito in chiave finalistica, e cioè funzionale ad assicurare che la sentenza sia giusta³⁷. In questo senso il maestro fiorentino, lungi dal disconoscere l'immenso valore dell'elaborazione dogmatica italiana, che ha riversato le sue migliori risorse nella predisposizione del nuovo codice di procedura civile, ammonisce piuttosto che ogni legge processuale "anche se rappresenta il *non plus ultra* della perfezione scientifica, non ha come necessaria conseguenza il miglioramento della giustizia, se non fa i conti colle possibilità pratiche della società nella quale deve operare"³⁸.

Sulla base di tali argomenti, Calamandrei afferma che il caposaldo del nuovo programma che la scienza processualista dovrà darsi è il ritorno allo scopo, giacché, da un lato, è bene comprendere quale sia il senso del proprio lavoro, dall'altro, occorre rammentare che la stessa struttura del processo cambia in funzione del fine che gli si assegna: se esso viene inteso come strumento di pacificazione sociale, allora la sua funzione si esaurisce nella risoluzione autoritaria del litigio; se invece il processo viene concepito come uno strumento di ragione, allora i congegni tecnici dovranno adeguarsi ad un'indagine che conduca ad una decisione adottata secondo i crismi della verità e della giustizia³⁹. Nell'aderire a questa seconda concezione, Calamandrei esorta i suoi colleghi a considerare il processo prima di tutto come un metodo di cognizione, cioè di conoscenza della verità, al cui accertamento i mezzi probatori debbono essere indirizzati. La verità non rappresenta, tuttavia, l'unico fine cui tende il processo, il quale

³⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 278-279. L'A., ribadendo con forza il proprio atteggiamento antiformalista, elabora dunque una concezione funzionale del processo, che sostituisce o quantomeno giustappone alla tradizionale concezione strutturale. Per una lettura critica del pensiero di Calamandrei processualista negli ultimi anni della sua operosità scientifica, v. N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1989, 949 ss., ove l'A. prende in esame i due lavori più significativi di tale periodo, vale a dire la prolusione in commento, *Processo e giustizia*, e un altro contributo di pari rilievo, *Processo e democrazia*.

³⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 280-281.

³⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 282. L'A. non esita a definire il nuovo codice di procedura come "la quintessenza del più autorevole pensiero scientifico italiano", rappresentando esso il momento di confluenza e di sintesi delle tre più autorevoli correnti scientifiche che hanno dominato il campo degli studi processuali nell'ultimo trentennio, ossia le Scuole di Chiovenda, di Carnelutti e di Redenti.

³⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 283.

ambisce invero a perseguire lo scopo “più alto che possa esservi nella vita”: la giustizia⁴⁰.

Su posizioni nettamente differenti si colloca invece il pensiero di Satta, il quale, pur avvertendo l'esigenza di confrontarsi con il tema in parola⁴¹, perviene a conclusioni per così dire scettiche. L'Autore, nel rifiutare tutte le teoriche che assegnano al processo ora lo scopo di attuare la legge, ora quello di difendere i diritti soggettivi, ora quello di punire il reo, ora quello di ricercare la verità e la giustizia, ritiene invece che se al processo si vuole assegnare uno scopo, questo non può che risiedere nel giudizio⁴². Il che equivale ad affermare che il processo, rinvenendo in sé stesso il proprio scopo, non ha alcun fine: “processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo”⁴³. In ciò si manifesterebbe quello che l'Autore definisce “il mistero del processo”⁴⁴.

Invero, anche Capograssi connota il processo in termini non dissimili – quasi metafisici – affermando che al suo interno si compirebbe una “doppia magia”: “far

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 283-284. L'A. afferma che i processualisti hanno sino a quel momento interpretato la giustizia come sinonimo di legalità, intesa come “applicazione ai fatti accertati secondo verità della legge vigente, buona o cattiva che sia”. La giustizia intrinseca della legge non ha interessato la scienza processuale, giacché il giudice è chiamato a tradurre in volontà concreta una volontà astratta sulla quale non può pronunciarsi.

⁴¹ L'A. ritiene infatti che bisogna pur dare risposta a domande penose come quella sul significato del processo, pena la conclusione della “nostra vita di studiosi con l'amara impressione di aver perduto il nostro tempo intorno ad un vano fantasma, a un'ombra che abbiamo trattato come una cosa salda” (S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1949, 275).

⁴² S. SATTA, *op. ult. cit.*, 280-281.

⁴³ S. SATTA, *op. cit.*, 281. Secondo l'A., questo atto senza scopo che è il processo è stato collocato dagli uomini al centro della propria esistenza, sebbene essi aborriscono il giudizio, il quale appare strutturalmente fondato su un permanente nucleo di vendetta. Ciò lo induce a concludere che “Al di là del bene e del male, il giurista traduce in termini giuridici l'aspirazione, e trova che essa si risolve nel prevalere dell'azione sul giudizio, nella negazione del giudizio, nel rifiuto di quella che, per un mondo che lentamente declina, è ancora giustizia” (S. SATTA, *op. cit.*, 288).

⁴⁴ Questo è, per l'appunto, il titolo del testo di una relazione tenuta da Satta all'Università di Catania il 4 aprile 1949, poi pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale*. Invero, in occasione del primo Convegno internazionale di diritto processuale civile tenutosi a Firenze l'1 ottobre del 1950, l'A., interrogandosi sulle cause della crisi del processo, affermerà che essa “non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, nella politica, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi”. Tale consapevolezza lo induce a concludere che forse il giudizio è qualcosa di davvero troppo grande per la condizione umana e che, quindi, “non è senza ragione se la scienza del diritto processuale si è posta da qualche tempo sotto il segno della tristezza” (S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo*, cit., 31).

rivivere quello che non vive più, che è ormai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere"⁴⁵. Tuttavia, pur a fronte dell'impossibilità di una conoscenza diretta e immediata dei fatti di causa, il margine di errore e di arbitrio del giudice può essere significativamente contenuto laddove egli segua la logica obiettiva della vita e dell'azione, che può consentirgli di raggiungere la "verità legale", ossia la verità che si scopre percorrendo il sentiero della obiettività⁴⁶. In questo senso, Capograssi riafferma la centralità del *giudicare*, che la scienza processuale moderna sembra aver trascurato riversando la sua potente capacità sistematica nello studio del processo in sede astratta⁴⁷.

Sulla base di tali premesse, l'autore esorta i propri colleghi a rammentare che il processo "è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità", ricerca che evidentemente presuppone che si creda alla verità, che la si ritenga importante, che la si ricerchi e che le si obbedisca⁴⁸.

3.2. La dottrina moderna: lo statuto epistemologico della verità "processuale"

Se questa è l'appassionata riflessione dei maestri della scuola processualista, occorre ora verificare come il discorso intorno al binomio processo-verità sia stato successivamente sviluppato dal pensiero moderno, il quale – lo si anticipa sin da ora – appare largamente debitore nei confronti della dottrina classica.

⁴⁵ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 5. L'A., manifestando qui l'attitudine del filosofo del diritto, afferma con parole mirabili che "Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità". Insomma, il processo realizza una duplice "incantesimo": da un lato, fa rivivere come presente un'azione passata ed esaurita, dall'altra, fa diventare concreta la legge generale e astratta (ID., *op. cit.*, 5 e 7).

⁴⁶ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 13-14.

⁴⁷ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 15-16. Tali riflessioni critiche muovono, evidentemente, da un sentimento di profonda stima e di sincera riconoscenza per lo straordinario contributo apportato dalla nuova scienza allo studio del processo, la quale "ha scoperto si può dire la profonda giuridicità di quell'insieme apparentemente empirico di forme e di riti che era la procedura, i rapporti che vi si contengono, la unità giuridica di questi informi empirismi, e la profonda connessione di essi con tutta la vita del diritto".

⁴⁸ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 19. L'A. rammenta, in ogni caso, che la verità che può essere ricercata e accertata nel processo è non già una astratta meditazione logica, bensì una verità concreta, relativa e contingente. Eppure egli si duole nel constatare come nell'epoca moderna pragmatismi di ogni genere abbiano incrinato l'idea stessa di verità sulla quale l'umanità si era retta sino a quel momento. Per maggiore approfondimento sulla crisi della verità, v. *infra*.

Indubbiamente, il processo rappresenta un mezzo giurisdizionale di risoluzione delle controversie⁴⁹: secondo Taruffo, se la tecnica consente di predisporre lo strumento processuale, è però l'«ideologia» – nel suo significato laico di patrimonio di valori condivisi – ad individuare gli scopi che il processo dovrebbe conseguire, nella misura in cui “la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente”⁵⁰. Aderendo alla summenzionata impostazione, questa dottrina giunge a ritenere che il giudice incarnerebbe ed esprimerebbe un sistema di valori al contempo giuridici e non giuridici, giacché ogni modello processuale si colloca in uno specifico contesto politico, culturale, economico ed etico⁵¹. In tal senso, il processo è stato rappresentato come un'azione sia teleologica, poiché diretto a conseguire determinati obiettivi, sia razionale – *rectius*, razionalizzata – in quanto idonea a tradurre la fluida materia dei sentimenti umani in pretese distinte, sorrette da precise argomentazioni tecnico-giuridiche⁵².

Se quanto detto è vero, vi è tuttavia un interrogativo al quale anche la dottrina moderna è stata chiamata a rispondere, e cioè se il processo non sia destinato a perseguire una finalità ulteriore rispetto alla mera risoluzione delle controversie giuridiche, consistente nella ricerca e nell'accertamento della verità⁵³.

⁴⁹ Parte della dottrina definisce il processo come “l'istituzione entro cui ogni sistema giuridico cerca di incanalare i conflitti avviandoli a soluzione” (V. FERRARI, *Etica del processo: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2014, 473).

⁵⁰ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2009, 71.

⁵¹ M. TARUFFO, *op. loc. cit.*

⁵² V. FERRARI, *op. cit.*, 481. Secondo l'A., nel processo dovrebbe valere il principio del minimo etico: il diritto dovrebbe, cioè, garantire uno spazio di libertà, protetto dalle norme costituzionali e dai principi fondamentali, i quali sono intesi a tutelare la parità delle parti, la terzietà del giudice e la ragionevole durata del processo.

⁵³ Invero, occorre segnalare che, soprattutto tra i filosofi della conoscenza, sono ancora diffusi atteggiamenti scettici nei confronti della nozione di verità (v. per tutti, R. RORTY, *Conseguenze del pragmatismo*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1986, 38), i quali sono stati etichettati sotto il nome di “verofobia”. Altra parte della dottrina rivendica, invece, l'irrinunciabilità del concetto di verità, che assume un significato plurale a fronte della varietà di usi del termine “vero”, insuscettibile di essere ricondotto sotto una definizione generale e onnicomprensiva (v. per tutti, C. WRIGHT, *Truth and Objectivity*, Cambridge - London, Harvard University Press, 1992, 38 ss.). Con riferimento al panorama scientifico italiano, occorre rilevare che la dottrina prevalente abbraccia posizioni “antiverofobiche”, muovendo dal presupposto che il concetto di verità debba essere interpretato in chiave epistemica, cioè come qualcosa che può essere conosciuto. Si tratterebbe, infatti, di “un concetto *primitivo* e *indefinibile*, ma non per questo ambiguo, misterioso, ineffabile: lo si può infatti chiarire illustrando le relazioni che stringe con gli altri concetti - fondamentali e meno fondamentali - del nostro sistema concettuale” (M. DELL'UTRI, *Conoscere la verità*, in M. C. AMORETTI, M. MARSONET (a cura di), *Conoscenza e verità*,

Indubbiamente, il concetto di *verità* impone allo studioso di confrontarsi con almeno tre problemi conoscitivi: uno epistemologico, uno semiotico⁵⁴ e uno metafisico⁵⁵. Si è ritenuto in questa sede di affrontare solo il primo dei suddetti nodi problematici attraverso un'indagine sullo statuto epistemologico della 'verità processuale', con particolare riferimento al processo penale e al processo civile. Ciò nell'intento di approfondire ulteriormente il contesto cognitivo in cui opera il giudice e dunque la dimensione extragiuridica del problema dell'accertamento del fatto, la quale assume un rilievo quantomeno eguale a quello della prova dei fatti giuridici⁵⁶.

Alla luce delle ricerche sinora condotte, è possibile affermare che la dottrina maggioritaria riconosce l'irrinunciabile connessione tra processo e verità⁵⁷, ribadendo

Milano, Giuffrè, 2007, 42-43; nello stesso senso, v. anche N. VASSALLO, *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in M. C. AMORETTI, M. MARSONET (a cura di), *Conoscenza e verità*, cit., 20-22). Invero, anche nella dottrina processualista si registra una tendenza a negare ora la stessa possibilità teorica di accertare la verità nel processo, ora la possibilità pratica di conseguirla, ora l'utilità di siffatta indagine (v. per tutti, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2010, 1 ss.). Tuttavia, queste posizioni appaiono oramai minoritarie, giacché - come scrive Taruffo - "nel contesto di un generale declino del postmodernismo, anche il problema della verità è tornato negli ultimi anni ad essere preso sul serio" (M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2012, 1120; contro le tendenze "verofobiche", v. anche P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Diritto penale e processo*, 10/2015, 1203.). Per maggiore approfondimento sul tema del "ritorno della verità", v. per tutti M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma - Bari, Laterza, 2009, 74 ss.

⁵⁴ Dovendosi con "semiotica" intendere la dottrina dei segni e della conoscenza simbolica in generale, strettamente legata alla gnoseologia.

⁵⁵ A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996, 10. L'A. sostiene che chi intende condurre un'indagine sul concetto di verità è costretto a "stipulare" una definizione di verità, compiendo un'operazione di pulizia linguistica (A. PINTORE, *op. cit.*, 19). Per maggiore approfondimento sulla nozione di verità nel contesto processuale, si veda il pregevole contributo del filosofo E. RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 3/2004, fasc. 3, 369 ss.

⁵⁶ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo II, sez. I, Milano, Giuffrè, 1992, 3.

⁵⁷ Secondo Rivello, un sistema processuale "senza verità" sarebbe non solo privo della propria valenza conoscitiva, ma non verrebbe compreso e accettato dalla popolazione (P. RIVELLO, *"Verità" e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 3/2010, 1237). Invero, parte minoritaria della dottrina processualistica ritiene che nel nostro ordinamento "l'accertamento della verità non appare «come uno degli scopi principali del processo»", giacché parecchi istituti del processo civile paiono ostacolare se non addirittura scoraggiare la ricerca della verità (S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2010, 704-705). Si tratta della stessa dottrina che, un paio d'anni prima, aveva ancorato la giustizia della decisione al superamento di un doppio criterio di verità, consistente nella corretta interpretazione delle norme coinvolte e nell'esatta ricostruzione dei

che la ricerca e l'accertamento della verità dei fatti rappresentano finalità essenziali di ogni processo ispirato al principio di legalità⁵⁸.

Evidentemente, la riflessione giuridica si è concentrata sulla ricostruzione della nozione di quella particolare verità che si forma nel contesto del giudizio. Come è noto, si deve a Tarski la teoria della verità come corrispondenza delle proposizioni relative ai fatti con la realtà empirica⁵⁹. Invero, lungi dall'assunto metafisico di una corrispondenza *ontologica* tra le tesi di cui è predicata la verità e la realtà che esse rappresentano, quella tarskiana è una teoria oggettiva del significato del termine "vero", ossia una definizione nominale – non già reale – che intende l'aggettivo "quale predicato metalinguistico di un enunciato" nel contesto dei linguaggi formalizzati⁶⁰. Se

fatti (S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2008, 147).

⁵⁸ M. TARUFFO, *La verità del processo*, cit., 1125. Secondo l'A., "non solo [...] ha senso parlare di verità nel contesto del processo: ha senso parlarne in quanto un processo senza verità non farebbe giustizia, ma solo ingiustizie. Sotto questo profilo si può ben dire che la verità non è importante: è inevitabile". Per maggiore approfondimento intorno alla verità dei fatti come condizione necessaria di legalità e, quindi, di giustizia della decisione v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 97 ss. Nello stesso senso, v. anche Ferrajoli, il quale, riferendosi alle dinamiche interne al processo penale, afferma che "una giustizia penale non arbitraria dev'essere in qualche misura «con verità», cioè basata su giudizi penali prevalentemente cognitivi (in fatto) e ricognitivi (in diritto)", giacché "senza un'adeguata teoria della verità, della verificabilità e della verifica processuale, tutto l'impianto illuministico del diritto penale che qui ho chiamato "cognitivo" o "garantista" risulta poggiato sulla sabbia" (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, Laterza, 1990, 10 e 19). Dello stesso avviso anche Ferrua, il quale, sempre in relazione al processo penale, ha recentemente ribadito che il fine "esterno" del processo si risolva in "un'istanza "cognitiva", o di verità, volta ad individuare chi, nel reale e non certo in un gioco di finzioni, sia colpevole e chi innocente; e solo a questa condizione si può ritenere socialmente accettabile l'applicazione delle pene" (P. FERRUA, *Giustizia del processo*, cit., 1202). Per maggiore approfondimento sulla irrinunciabile connessione tra processo e verità, v. anche P. RIVELLO, *op. cit.*, 1236 ss.; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 2/2013, 612 ss.; F. CALLARI, *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6/2013, 1346-1347.

⁵⁹ Per maggiore approfondimento, v. A. TARSKI, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research* (1994), trad. it., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. LINSKI (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, Il saggiatore, 1969, 27-74. Sulla teoria corrispondentistica della verità, v. anche F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, 16 ss.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 22. Secondo l'A., sia la teoria della verità come "coerenza" sia la teoria della verità come "accettabilità giustificata" sono, invece, teorie soggettive che offrono soltanto criteri di verità, senza esprimere in alcun modo il valore semantico della nozione di verità. La prima, che considera la coerenza tanto come canone di razionalità quanto come puntuale criterio epistemologico, sostiene che dire che una

dunque il termine “vero”, nel momento in cui viene depurato da impegnative implicazioni metafisiche, può essere impiegato nel senso minimo di *corrispondenza*, tale impostazione può senza dubbio giovare alla ricostruzione della nozione di verità processuale. Tanto più laddove si ritenga superabile l’obiezione secondo cui quello giudiziario non sarebbe un linguaggio formalizzato, giacché l’unica condizione, sufficiente e necessaria, è che il linguaggio in questione sia privo di antinomie semantiche o di termini vaghi⁶¹.

Ciò detto, occorre in primo luogo chiarire che la verità processuale non può essere intesa come una verità assoluta: al pari della verità scientifica, essa è sempre contingente e relativa⁶², poiché riferita alle informazioni idonee a confermarla⁶³: più precisamente, può dirsi che l’accertamento dei fatti in giudizio è vero in relazione alla

proposizione è vera o falsa “equivale a dire che è coerente o che non è coerente con un sistema di altre proposizioni” (A. R. WHITE, *Coherence. Theory of Truth*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, II, New York, Macmillan, 1967, 130). La seconda si fonda, invece, sulla maggiore portata empirica di una proposizione rispetto alle altre accolte come vere, la quale si manifesta o come conclusione di un’inferenza induttiva o come premessa di un’inferenza deduttiva. In tal senso, non pare – ad avviso di chi scrive – persuasiva la c.d. “teoria consensuale della verità”, in base alla quale la verità di un’asserzione viene fatta derivare dal consenso dei soggetti interessati (v. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2009, 25). Tale ultima teoria è stata invero molto criticata e sembra tuttora non superabile l’obiezione di Ferrajoli, secondo il quale “nessuna maggioranza, neanche l’unanimità dei consensi o dei dissensi, può render vero ciò che è falso o render falso ciò che è vero (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007, 215).

⁶¹ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 22-23.

⁶² A tal proposito, parte della dottrina afferma - forse recuperando le riflessioni dei grandi maestri - che la verità rilevante ai fini del diritto è “la verità di una dimensione, quella della convivenza umana, la tutela della cui integrità, affidata al diritto, si regge su equilibri sempre precari e per ciò stesso bisognosi di orientamenti normativi coerenti e certi” (G. CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cassazione penale*, 3/2006, 96). L’A. sostiene una tesi forse discutibile ma indubbiamente accattivante, secondo cui “per ragioni trascendentali” le attività di qualificazione normativa e di ricostruzione probatoria in cui si sostanzia il ragionamento giudiziario si influenzerebbero reciprocamente, seppur in modo diverso.

⁶³ Parte della dottrina parla di “una verità allo stato delle conoscenze formalizzate nelle prove” (F. CALLARI, *Verità processo prova certezza*, cit., 1352). A questo proposito, v. anche Ferrua, il quale, in adesione al modello di una verità di tipo corrispondentista sottolinea, a proposito del processo penale, che “l’orizzonte epistemico del giudice (e del pubblico ministero) dev’essere rigorosamente chiuso all’interno delle prove legittimamente acquisite al processo, senza possibilità di sconfinamenti; [...] “vero” significa corrispondente ai fatti” (P. FERRUA, *Giustizia del processo*, cit., 1204).

quantità e alla qualità delle prove che ne danno conferma all'esito di un procedimento inferenziale logicamente strutturato e controllabile⁶⁴.

Ciò consente di smentire l'ideale illuministico di una verità assolutamente certa, che si rivela – come da taluni sostenuto – “un'ingenuità epistemologica”, fondata su una concezione del giudizio come meccanica applicazione della legge⁶⁵. Più attuale e persuasiva appare – forse – la nozione suggerita da Popper di verità come “approssimazione” alla verità oggettiva, quest'ultima da intendere come ideale regolativo in sé ineguagliabile⁶⁶.

A ben vedere, il modello di una verità “approssimativa” pare attagliarsi meglio alle proposizioni giudiziarie⁶⁷, di fatto e di diritto, le quali, a differenza delle proposizioni empiriche, non sono verificabili in modo sperimentale e diretto, recando enunciazioni e qualificazioni di eventi passati⁶⁸. A ciò si aggiunge che nessuna delle

⁶⁴ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1131-1133. L'A. sostiene che il grado di attendibilità di una proposizione fattuale debba essere determinato impiegando la probabilità logica, fondata non già sui numeri, bensì sulla struttura logica delle inferenze. Queste ultime, muovendo dalle prove disponibili, consentono infatti di confermare o di confutare la verità delle proposizioni relative ai fatti di causa. Il tema è oggetto di più ampia trattazione in M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 199 ss. Per maggiore approfondimento sul tema del ragionamento giudiziario, si rinvia in ogni caso al paragrafo 4 del presente capitolo.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 23.

⁶⁶ K. POPPER, *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972, 393, 400 ss.; ID., *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*, trad. it., Roma, Armando, 1975, 87-88, 416.

⁶⁷ Condivide questa ricostruzione anche Taruffo, il quale raffigura come “ottimale” quella situazione in cui tutte le prove rilevanti vengano ammesse e acquisite in giudizio, così da permettere di “massimizzare l'approssimazione ad una ricostruzione dei fatti corrispondente alla realtà” (M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1131). Dello stesso avviso anche Ubertis, il quale evidenzia la necessità di pervenire ad “una ricostruzione fattuale che [...] raggiunga la maggiore approssimazione possibile alla «realtà»” (G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, Utet, 1995, 10; nello stesso senso, v. anche G. UBERTIS, *Razionalismo processuale e verità*, in *Il giusto processo civile*, 1/2013, 328).

⁶⁸ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 25. L'A. specifica che il problema della verificabilità si pone in termini assai diversi per le proposizioni di fatto e per quelle di diritto. Difatti, in relazione alle prime, la verità processuale fattuale “anziché essere predicabile con riferimento diretto al fatto giudicato, è il risultato di un'illazione dei fatti “provati” del passato dai fatti “probatori” del presente”, ossia di un'inferenza induttiva che conduce, pertanto, alla formulazione di un'ipotesi di natura probabilistica. Dall'altro lato, la verità processuale giuridica risulta inevitabilmente opinabile (L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 26-29). Sul tema della verificabilità delle proposizioni giudiziarie, v. anche Ferrua, il quale, nel respingere l'assimilazione del processo ad una giustizia procedurale “perfetta”, rileva che «nel processo si tratta di ri-costruire un fatto passato ormai dissolto, che “fu”, ma non è più “reale”». L'A. sottolinea cioè che la corrispondenza tra le proposizioni e la realtà effettuale non è suscettibile di verifica diretta, potendo soltanto essere indotta dai fatti del presente (P. FERRUA, *op. loc. cit.*).

due operazioni che conducono alla formazione della verità processuale, ossia l'inferenza induttiva costituita dalla prova del fatto e l'inferenza deduttiva costituita dalla sua qualificazione giuridica, si sostanzia in un sillogismo pratico, poiché sia le premesse sia la conclusione delle predette inferenze hanno la forma di proposizioni non già normative, bensì enunciative⁶⁹. Occorre altresì considerare che il giudice, ormai lontano dall'immagine ottocentesca che lo raffigurava come un "indifferente ricercatore del vero"⁷⁰, appare inevitabilmente condizionato dalla propria soggettività, che trasfonde nella ricostruzione/interpretazione dei fatti di causa⁷¹.

Se dunque può convenirsi sulla ricostruzione di verità processuale sinora prospettata, occorre superare il contrasto – tuttora occasionalmente emergente – tra verità "formale" e verità "materiale", frutto secondo alcuni di "una malintesa contrapposizione tra forma e contenuto"⁷², tra una verità che si stabilisce all'interno del processo e una verità accertata soltanto fuori dal processo⁷³. Tale antitesi si è rivelata talvolta pericolosa, poiché latrice di un paradigma di realtà scissa: "da un lato, una verità che corrisponde ai fatti: quella materiale. E dall'altro, una verità che può non corrispondere ai fatti: quella del processo"⁷⁴.

Parte della dottrina sostiene che la distinzione sopra prospettata trovava – e trova tuttora – conforto nella dogmatica tedesca, secondo la quale il cardine attorno al quale il processo civile doveva essere costruito era quello dell'accertamento della verità oggettiva o materiale⁷⁵. Quest'ultima andava intesa non già come aderenza alla realtà

⁶⁹ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 38. Per maggiore approfondimento sul ragionamento giudiziario, v. *infra* paragrafo 4.

⁷⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, V ed., a cura di F. VENTURI, Torino, Einaudi, 1981, XVII, 45.

⁷¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 30-31.

⁷² S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 1143. Tale ricostruzione, come si vedrà, è stata criticata dalla più autorevole dottrina, che ha evidenziato la miopia e l'infondatezza di una simile distinzione. Si veda, *ex multis*, J. FERRER BELTRÀ, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, Il mulino, 2004, 70-79.

⁷³ Relativamente al processo penale, parte della dottrina ha ricostruito tale distinzione in termini leggermente differenti: mentre il modello sostanzialistico del diritto penale aspirerebbe ad una verità sostanziale, cioè assoluta e onnicomprensiva, "priva di limiti e di confini legali, raggiungibile con qualunque mezzo al di là di rigide regole procedurali", il modello formalistico porrebbe a fondamento della condanna una verità formale, conseguita nel rispetto delle regole e relativa alle informazioni probatorie disponibili e rilevanti (L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 17-18).

⁷⁴ F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale*, Milano, Giuffrè, 1997, 42-43.

⁷⁵ V. *Ordinanza della procedura civile della Repubblica democratica tedesca*, 1975, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e Documenti per la storia del processo. Sezione I. I grandi modelli europei*, Milano, Giuffrè, 2004. Degno di nota è il saggio introduttivo di H.

dei fatti da cui è sorta la controversia, bensì come “[...] tutto ciò che è coerente con la prassi sociale delineata *a priori*, e quindi tutto quanto permette alla ideologia politica, ritenuta più adeguata all’assetto dello Stato e della società, di imporsi nei fatti”⁷⁶. Di conseguenza, il giudice assurgeva a *dominus* assoluto del processo ed era pertanto immune da condizionamenti o controlli di sorta da parte dei contendenti, essendo tenuto ad attuare fedelmente le direttive politiche provenienti dall’apparato⁷⁷.

Invero, seppur con accenti differenti, il paradigma della verità materiale fu abbracciato anche da una parte della dottrina processualcivilista italiana, la quale, manifestando la propria preferenza per la concezione pubblicistica del processo⁷⁸, assegnò al giudice un ruolo attivo sia in termini di regolamentazione del procedimento, sia soprattutto in termini di titolarità di poteri istruttori funzionali all’assolvimento del suo compito principale: l’accertamento della verità materiale⁷⁹. Evidentemente, pur a fronte dell’innegabile similarità tra il modello teorico italiano e quello tedesco, rimaneva un elemento di divergenza rappresentato dalla premessa ideologica di fondo: gli studiosi italiani erano infatti convinti di poter conciliare la concezione pubblicistica del processo con quelle che oggi rappresentano le garanzie del giusto processo⁸⁰.

In senso parzialmente difforme, altra parte della dottrina aveva ancorato la distinzione tra verità formale e verità materiale sul presupposto che la disciplina delle prove consentisse di raggiungere una verità solo formale, impedendo di fatto la scoperta

KELLNER, già Professore di Diritto processuale civile nell’Università di Berlino Est. Secondo l’A., il fine irrinunciabile dell’accertamento della verità materiale impone di sacrificare tutti i principi processuali di matrice capitalista con esso incompatibili, tra i quali figurano *in primis* il principio del contraddittorio e il principio di imparzialità del giudice.

⁷⁶ G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2009, 4.

⁷⁷ G. MONTELEONE, *op. cit.*, 5. L’A., che parla di un giudice “onnipotente e inquisitore”, stigmatizza tale ideologia processuale come l’espressione in ambito giurisdizionale di uno Stato autoritario o di polizia.

⁷⁸ Sulla distinzione tra concezione privatistica e pubblicistica del processo, v. *infra*.

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *L’Avvocatura e la riforma del processo civile*, Prolusione letta nell’Università di Siena il 16 gennaio 1920, in ID., *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Cedam, 1930, 299, 311 ss., 316. Nello stesso senso, v. anche Carnacini, il quale configurava il processo come un meccanismo governato dal diritto pubblico - che obbedisce anche ad un interesse pubblico - all’interno del quale il giudice svolge una funzione primaria in vista dell’accertamento della verità materiale (T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano, Giuffrè, 1951, 695 ss.).

⁸⁰ G. MONTELEONE, *op. cit.*, 8.

della verità “vera”⁸¹. Tale assunto – in seguito contestato in dottrina – non appare però pienamente condivisibile: difatti, se è vero che le regole relative all’ammissione, all’assunzione, all’acquisizione e alla valutazione delle prove possono in qualche modo delimitare e restringere la ricerca della verità, altrettanto vero è che ciò non determina la scoperta di una verità differente da quella che potrebbe svelarsi al di fuori del processo⁸². La questione concerne, dunque, non tanto la tipologia di verità ostensibile nel processo, quanto piuttosto “i limiti entro i quali la disciplina del processo consente che essa venga accertata”⁸³. Parimenti superabile appare l’obiezione che individua nel giudicato un limite all’accertamento della verità, giacché – come è noto – la cosa giudicata di cui all’art. 2909 c.c. copre non già la ricostruzione dei fatti della causa, bensì la decisione sull’esistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio⁸⁴.

Per altro verso, l’idea che al di fuori del processo si accertino verità “reali” o assolute appare ugualmente fuorviante, giacché anche la ricerca della verità extra-giudiziale incontra limiti di varia natura, determinati dalle contingenze spaziotemporali in cui si svolge l’accertamento dei fatti⁸⁵.

⁸¹ All’inizio del secolo scorso, Carnelutti aveva sottolineato che solo il processo penale consentiva l’accertamento della verità “vera”, stante la mancanza di quei limiti formali, propri invece del processo civile. In un secondo momento, intervenendo nel dibattito ancor acceso intorno alla distinzione tra verità formale e verità materiale, l’A. affermerà, tuttavia, che la predetta classificazione altro non è - in realtà - che una metafora, giacché “è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o non coincide con la verità materiale, e non è verità, o ne diverge, e non è che una non verità” (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1947, 29-30).

⁸² J. FERRER BELTRÀN, *op. cit.*, 45.

⁸³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 84. A questo proposito, deve convenirsi con quella parte della dottrina che sottolinea come le norme di rito condizionino inevitabilmente l’attitudine del processo al raggiungimento della verità: il riferimento va non solo alla disciplina probatoria, che appare particolarmente inadeguata e obsoleta, - soprattutto per quanto concerne le modalità di assunzione della prova per testi (art. 244 ss. c.p.c.) -, ma anche al principio di preclusione, il quale, sebbene determini una più ordinata scansione delle fasi processuali e una maggiore responsabilizzazione delle parti, rischia talvolta di rivelarsi una norma - mutuando il gergo di Taruffo - “antiepistemica”, implicando l’impossibilità di tener conto di fatti rilevanti per la decisione qualora essi siano stati introdotti oltre la scadenza dei termini perentori. L’A. rileva, in ogni caso, che “la ricerca della verità non è l’unico valore di cui il legislatore e l’interprete sono chiamati a farsi carico” (L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2011, 112-117, 122-125).

⁸⁴ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 84-85. V. anche J. FERRER BELTRÀN, *op. ult. cit.*, 66 -69.

⁸⁵ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1229. Si pensi, ad esempio, alla verità scientifica, caratterizzata anch’essa da una dimensione di intrinseca provvisorietà e di ineliminabile relatività. Nello stesso senso, v. Monteleone, secondo il quale “il concetto di *verità materiale* è in sé equivoco ed inconsistente, perché presuppone una indimostrabile contrapposizione con

Per vero, se la dottrina appare piuttosto conforme nel respingere la distinzione tra verità formale e verità materiale, lo stesso non può dirsi in merito alla posizione della giurisprudenza di legittimità, tuttora ancorata al paradigma dell'accertamento della verità materiale, tanto in materia civile⁸⁶ quanto – seppur con sfumature differenti – in materia penale⁸⁷.

un'altra *verità* di impossibile definizione, essendo essa una sola e senza aggettivi". L'A. sostiene, peraltro, che l'accertamento della verità sarebbe in sé un fine estraneo al processo civile, il quale è preordinato alla tutela dei diritti, e non già alla ricerca di verità più o meno materiale (G. MONTELEONE, *op. cit.*, 11-13).

⁸⁶ Per quanto concerne la materia civile, si vedano, in particolare, Cass. S.U. n. 10790/2017, Cass. nn. 364/2017, 8568/2016, 2379/2007, Cass. S.U. n. 8203/2005. Il principio della ricerca della verità materiale, spesso invocato nel difficile contemperamento con il principio delle preclusioni istruttorie introdotto dalla riforma del 2005, viene affermato in funzione della piena attuazione dei principi del giusto processo costituzionalmente tutelati. Si segnala, in tal senso, un passaggio della prima delle citate pronunce della Cassazione civile (Cass. S.U. n. 10790/2017), ove la Suprema Corte, chiamata a chiarire il concetto di "nuova prova indispensabile" nel giudizio d'appello ai sensi dell'art. 345, co. 3, c.p.c. nel testo vigente anteriormente alla riforma del 2012, stabilisce che "Quel che si vuol segnalare è, in sintesi, che il regime delle preclusioni istruttorie non è un carattere tanto coesistente al sistema da non ammettere alternative, essendo soltanto una tecnica elaborata per assicurare rispetto del contraddittorio, parità delle parti nel processo e sua ragionevole durata, tecnica che ben può essere temperata (secondo modalità pur sempre rimesse alla discrezionalità del legislatore) con il principio della ricerca della verità materiale".

⁸⁷ Per quanto riguarda il versante penalistico, si segnala tra le altre la importante pronuncia Cass. n. 36080/2015 (Knox e altri), ove il tema dell'accertamento della verità materiale viene declinato con particolare acume e maturità, a testimonianza della sensibilità del giudice penale dinanzi a tematiche di rilievo così essenziale. Si è ritenuto di riportare alcuni brani salienti della motivazione, particolarmente indicativi ai fini che qui interessano: "Non può, peraltro, sottacersi che il processo penale è, costituzionalmente, proteso all'accertamento della verità materiale, anche attraverso una progressione cognitiva, che, emendata da possibili *errores in procedendo* o *in iudicando*, *medio tempore* intervenuti, pervenga al fine suo ultimo, in termini di approssimazione quanto più possibile a quell'obiettivo, rendendo alla collettività un risultato comunemente inteso "verità processuale", ossia verità processualmente accertata (*rectius*, quella che è stato possibile accertare con gli ordinari strumenti gnoseologici ed inferenziali di cui dispone il giudicante). Il tutto, nell'ineludibile rispetto delle forme di rito, che rappresentano, pacificamente, massima espressione di civiltà giuridica e prestigioso distillato di un secolare processo di maturazione del sapere scientifico, tipico della cultura giuridica italiana. E quando si verte, come nel caso di specie, in tema di processo squisitamente indiziario – in mancanza di prova diretta, di affidabili apporti tecnico-scientifici o di pertinenti e utilizzabili contributi dichiarativi – tanto più la verità processuale, disancorata dalla realtà effettuale e fenomenica, finisce con l'essere mera *factio iuris*, stante la limitatezza ed ordinaria opinabilità degli strumenti di umana conoscenza, affidati, comunemente, ad un processo ricostruttivo e rielaborativo a posteriori. Sicché, è proprio in simili evenienze che il rispetto delle forme è quanto più necessario, rappresentando indefettibile parametro – obiettivo e privilegiato – del collaudo di correttezza e congruità del percorso cognitivo del giudice nel problematico approccio alla verità materiale". Sulla ricerca della verità materiale, si segnalano altresì le seguenti pronunce: Cass. nn. 2499/1996, 16005/1989, 8337/1988, 11810/1987.

3.3. La funzione epistemica ed euristica del fenomeno probatorio

Volendo ora a calare le considerazioni generali sinora svolte in un contesto processuale più circoscritto, si è scelto – come in principio anticipato – di dedicare qualche riflessione più specifica al rapporto tra la verità e i processi civile e penale.

Per quanto concerne il processo civile, occorre in primo luogo evidenziare che la cultura liberale italiana dell’800 tendeva a concepire il processo come il luogo di manifestazione dell’autonomia e della libera competizione delle parti, con la conseguenza di relegare il giudice in un ruolo sostanzialmente passivo, limitato alla garanzia della correttezza dello scontro⁸⁸. Questa ideologia entrò in crisi a causa delle profonde trasformazioni economiche e sociali che attraversarono l’Europa tra la fine dell’800 e l’inizio del ‘900, inducendo la dottrina processualistica ad assegnare al processo la funzione non meramente privatistica che lo intendeva come strumento deputato alla risoluzione di controversie individuali, ma anche quella pubblicistica e sociale, che lo orientava, cioè, alla produzione non già di decisioni qualsiasi, bensì di decisioni giuste e legittime⁸⁹. In epoca successiva, la cultura delle garanzie portò a definitivo compimento tale mutamento di prospettiva: la costituzionalizzazione del diritto di azione e di difesa e, in un secondo tempo, del diritto ad un giusto processo⁹⁰, radicò la concezione che la giurisdizione fosse quel potere fondamentale dello Stato

⁸⁸ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 72. Per maggiore approfondimento, v. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 107 ss., 151 ss.

⁸⁹ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 73. A ben vedere, si contrapponevano due differenti concezioni del processo: quella tradizionale, che lo intendeva come uno “strumento di pacificazione sociale” (F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 40 ss., 247 ss. e 342 ss.), funzionale alla soluzione di un conflitto, e quella post-liberale, che invece profilava il processo come “strumento di attuazione della legge” (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 65 ss.), diretto a restaurare l’ordine giuridico violato (M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2-3/1986, 246.). Questo secondo modello teorico, presupponendo che l’operazione di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta si svolga in aderenza a quanto accaduto nella realtà fenomenica, risulta dunque strutturalmente orientato alla scoperta della verità.

⁹⁰ Sul rapporto tra giusto processo e verità, meritano di essere ricordate le belle parole di Ferrua, il quale scrive a proposito del contraddittorio nella formazione della prova: “La sua forza non sta nell’idea chimerica e platonica che le parti cooperino a un comune fine di ricerca della verità [...]; il presupposto epistemologico su cui si fonda è che la verità si manifesti, anzi si “tradisca” contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte prospettive” (P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2007, 93).

deputato a garantire l'attuazione dei diritti riconosciuti dalla legge e la protezione delle situazioni giuridiche individuali⁹¹.

Evidentemente, tale cambiamento si riverberò anche e soprattutto sulla figura del giudice, al quale vennero progressivamente attribuiti poteri istruttori autonomi, funzionali - come si è visto - a consentirgli di svolgere un ruolo attivo nella ricerca e nell'accertamento della verità dei fatti di causa, anche al fine di colmare eventuali lacune causate dalle inefficienti iniziative probatorie delle parti⁹². In siffatto contesto, il fenomeno probatorio venne così ad assumere una chiara valenza epistemica ed euristica, giacché la prova diventò il principale mezzo di scoperta della verità⁹³. In tal senso, giova rammentare che il crollo del sistema delle prove legali ha giocato un ruolo determinante nel consentire il passaggio da una cultura formalistica della prova ad una cultura razionalistica della prova⁹⁴. Ne è, infatti, conseguita la progressiva affermazione del principio del libero convincimento del giudice, che affonda le proprie radici storiche nella nota *intime conviction*, ossia nella persuasione interiore dei giurati che componevano la giuria nel processo penale francese⁹⁵. Detto principio fu importato

⁹¹ Per maggiore approfondimento, v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 2007, 675 ss.

⁹² M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 75-76. Con riferimento all'ordinamento italiano, occorre, tuttavia, segnalare che solo il giudice del lavoro ha il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di ogni mezzo di prova (art. 421, co. 2, c.p.c.), così da assicurare che tutte le prove rilevanti vengano acquisite nel processo. Diversamente, il giudice ordinario può esercitare iniziative istruttorie officiose solo in ipotesi limitate, a conferma della persistente influenza dell'ideologia privatistica del processo civile. Per maggiore approfondimento sui poteri istruttori del giudice, v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 172 ss.

⁹³ M. TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 80-82.

⁹⁴ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 84-85. In relazione al sistema delle prove legali, occorre rilevare che esso venne meno alla fine del '700, dopo aver dominato per secoli i processi civili dell'Europa continentale. Esso presentava, senza dubbio, una propria "razionalità sociale", rispondendo a due esigenze fondamentali: da un lato, il controllo - per non dire l'eliminazione - dell'arbitrio soggettivo del giudice, dall'altro, la cristallizzazione delle massime d'esperienza accettate dal senso comune nei diversi contesti sociali. Il sistema della prova legale consentiva, infatti, di razionalizzare la valutazione delle prove, configurando il giudizio sui fatti come una sorta di calcolo aritmetico, nel quale il valore da assegnare a ciascun elemento probatorio era già predeterminato dalla legge. Tale sistema entrò in crisi a causa del mutamento delle condizioni culturali e sociali, prima ancora che giuridiche, che si verificò alla fine del '700 e, dunque, in corrispondenza dell'affermazione del razionalismo illuministico, che provocò l'avvio di una significativa stagione di riforme giudiziarie in Francia, che investì poi anche il resto del continente europeo (M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, Giuffrè, 2012, 207-208).

⁹⁵ Occorre rammentare che la nozione di *intime conviction* viene impiegata per la prima volta dalla legge francese 16 - 29 settembre 1971, istitutiva della giuria nel processo penale. La formula del giuramento che i giurati erano chiamati a prestare imponeva infatti di decidere

anche nel processo civile italiano, per essere però inteso non già come *intime conviction*, bensì nel senso di “persuasione razionale”, come predicato dalla più autorevole dottrina processualistica⁹⁶. Non può, dunque, sorprendere che il legislatore del 1940 abbia deciso di introdurre una norma esplicita che prescrive al giudice di valutare le prove secondo il suo “prudente apprezzamento” (art. 116 c.p.c.)⁹⁷.

Del ragionamento probatorio che lo ha condotto ad assumere la decisione, il giudice dovrà poi dare conto nella motivazione della sentenza: tanto la struttura inferenziale del percorso decisorio, quanto la giustificazione della decisione saranno oggetto di specifica indagine nell’ultima parte del presente capitolo, alla quale pertanto si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

“*suivant votre conscience et votre intime conviction*”. Invero, come evidenziato da autorevole dottrina, l’applicazione di tale principio nel processo penale segna una storia “di interminabili abusi e disastri”: stante l’assenza dell’obbligo di motivare il verdetto, i giurati tendevano, infatti, a sentirsi del tutto svincolati dalla considerazione delle prove disponibili, e finivano, così, per fondare il proprio convincimento sul proprio senso politico (M. NOBILI, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 199).

⁹⁶ Secondo Lessona, “la verità giuridica pende [...] non dalla *impressione*, ma dal *raziocinio* del giudice, che non può giudicare semplicemente secondo le sue vedute individuali, ma secondo le regole della verità storica e deve motivare” (C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, III ed., vol. I, Firenze, Cammelli, 1914, 486, 497 ss.). Parimenti, anche Carnelutti concepisce la valutazione delle prove come un’attività razionale, fondata sul corretto impiego delle massime di esperienza, che consentono al giudice di inferire da ciò che ha percepito la verità o la falsità delle affermazioni fattuali da verificare (F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile, I. Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936, 719, 746 ss.). Lo stesso Calamandrei raffigura il giudizio di fatto come una catena di sillogismi basati sulle massime d’esperienza (P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1965, 22 ss.).

⁹⁷ Ad avviso di autorevole dottrina, tale norma, nell’affermare che “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti”, esprime il versante negativo del libero convincimento, giacché non chiarisce secondo quali canoni - al di là della “prudenza” - debba svolgersi la valutazione probatoria (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 214). Può, in ogni caso, ritenersi che detto principio non esoneri il giudice dall’impiego di regole logiche e razionali, implicando invece la formulazione di criteri obiettivi di valutazione, tali da eliminare l’arbitrio nella valutazione delle prove (V. DENTI, *Scientificità delle prove e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, 431). Invero, occorre rammentare che il sistema delle prove legali non è stato totalmente superato: le ipotesi di prova legale, ancora numerose (si pensi, ad esempio, al giuramento e alla confessione), presentano tuttora - secondo taluni - una chiara valenza “antiepistémica”, obbligando il giudice a dare per veri fatti che potrebbero non esserlo, giacché la generalizzazione empirica racchiusa nelle massime di esperienza non consente sempre di pervenire a conclusioni vere o, quantomeno, verosimili (M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 162 ss.). Per maggiore approfondimento sul principio del libero convincimento del giudice, v. per tutti M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974.

Se quanto sinora illustrato vale per gli ordinamenti di *civil law*, lo scenario muta radicalmente nel rivolgere lo sguardo ai modelli processuali statunitensi, permeati dalla cultura *adversarial*. Tali sistemi giudiziari, tra cui è ricompreso il *trial by jury*, si contraddistinguono infatti per una concezione spiccatamente privatistica del processo, che rappresenta un meccanismo di risoluzione delle controversie individuali. Ciò giustifica il sostanziale disinteresse per l'accertamento e la ricerca della verità⁹⁸, che appare un fine eccentrico rispetto alla competizione - quasi spettacolarizzata - che si svolge in giudizio, di talché anche la disciplina probatoria risulta fortemente ritualistica⁹⁹. Di tali dinamiche si darà puntualmente conto nel capitolo successivo.

Spostando ora l'attenzione sul processo penale, occorre rilevare che, sebbene il paradigma dell'accertamento della verità "materiale" appaia oramai recessivo nella più recente elaborazione dottrinale¹⁰⁰, ciò - come si è tentato di dimostrare - non implica

⁹⁸ Come rilevato da Frankel, che ha indossato la toga in qualità sia di giudice sia di avvocato, "Siamo consapevoli che il modo in cui utilizziamo molte delle regole e dei meccanismi del processo accusatorio non mirano ad acquisire la verità, ma piuttosto a sconfiggerla [...] Nelle mani delle parti, il processo accusatorio spesso raggiunge la verità solo a titolo di convenienza, o come un sottoprodotto, o un'approssimazione accidentale" (M. E. FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in *University of Pennsylvania Law Review* 123, 1975, 1036). Dello stesso avviso anche BRETT, un altro critico del processo accusatorio, il quale ha osservato che "Non vi è alcun motivo per presumere che la verità emerga in un processo di *common law*, perché la procedura accusatoria è costruita proprio per permettere alle parti di occultarla alla corte" (P. BRETT, *The Implications of Science for the Law*, in *McGill Law Journal* 18, 1972, 187).

⁹⁹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 80. Per maggiore approfondimento sul tema della ricerca della verità nel sistema statunitense, v. M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell' "adversary system" angloamericano*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1977, 596 ss.; M. TARUFFO, *Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane*, in *Sociologia del diritto*, 1/1976, 159 ss. In senso contrario, parte minoritaria della dottrina contesta il punto di vista diffuso che raffigura gli ordinamenti processuali di *common law* come orientati esclusivamente alla risoluzione della controversia (spesso mediante forme di giustizia negoziata), dipingendoli dunque come indifferenti alla ricerca e all'accertamento della verità. A sostegno di questa tesi, si richiama l'attenzione su alcuni istituti giuridici propri del processo civile - assenti, invece, nel nostro ordinamento - i quali svolgerebbero una chiara funzione aletica: la disciplina della *discovery* documentale e il connesso *duty of discovery*, la possibilità di chiamare a testimoniare le parti con la sanzione per *perjury* in caso di falsità delle dichiarazioni rese, l'obbligo di verità delle dichiarazioni rese negli atti introduttivi a pena di *contempt of Court* nell'ordinamento inglese. Tale dottrina ritiene infatti che la cultura e la società anglosassone appaiono pervase da un vero e proprio "amore per la verità", così nella politica, così nella religione, così nella filosofia, che - come tale - non potrebbe non appartenere anche al giudizio (S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, cit., 705-706).

¹⁰⁰ Invero, occorre rilevare che parte della dottrina tedesca continua ad invocare con specifico riferimento al processo penale il concetto di verità "materiale", contrapponendolo a quello di verità "formale". Tale dottrina ritiene infatti che il giudice di merito debba occuparsi della verità

che l'istruzione probatoria debba rinunciare alla ricerca della verità. Nel contesto del processo penale, mette conto sottolineare che l'abrogato codice del 1930, nell'accostare ad un impianto processuale di tipo sostanzialmente inquisitorio diversi elementi di matrice accusatoria, aveva edificato un modello "misto", il quale, se da un lato affidava al pubblico ministero il compito di ricercare e acquisire le prove necessarie "per l'accertamento della verità" (art. 299 c.p.p.) senza regole di esclusione e anche al di fuori dell'apporto delle parti¹⁰¹, dall'altro, pur non codificando un vero e proprio diritto alla prova, valorizzava però l'instaurazione di un contraddittorio differito nell'assunzione della prova¹⁰². Invero, il nuovo codice di procedura penale del 1988, pur aderendo ad un'impostazione processuale di stampo accusatorio fondata sulla dialettica contrapposizione tra gli interessi portati dalla pubblica accusa e dalla

materiale, laddove il giudice di legittimità è invece deputato ad accertare la verità formale, dovendo verificare la correttezza della procedura seguita nei precedenti gradi di giudizio. L'A. rileva, in ogni caso, che la garanzia fondamentale che deve permeare il giudizio, anche in sede di legittimità, è il rispetto delle regole probatorie previste per il dibattimento penale, che consente di avvicinare la verità processuale alla verità storica (H.H. KUNHE, *La strumentalizzazione della verità e della sua ricerca nel processo penale*, in *Criminalia*, 2008, 479). Invero, muovendo da tale premessa teorica, viene critica aspramente la deriva provocata in Germania dai procedimenti semplificati (ad esempio, il procedimento per decreto, il procedimento a citazione diretta e il patteggiamento), nei quali "la lotta per la verità viene sostituita da una trattativa sulla verità", giacché lo scopo di deflazione del contenzioso, associato all'interesse dell'imputato alla minimizzazione del rischio di provvedimenti sfavorevoli, finiscono per comprimere del tutto la tensione del processo verso l'accertamento della verità. Tali rilievi inducono questa dottrina a concludere che il sistema di accertamento probatorio tedesco si sta sempre più avvicinando al modello anglo-americano del processo di parti, all'interno del quale il giudice non è chiamato non già ad accertare la verità, bensì a garantire la correttezza formale dello scontro (H.H. KUNHE, *op. cit.*, 480 ss.).

¹⁰¹ M. NOBILI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, 2, Torino, Utet, 1990, 384 ss.

¹⁰² L. G. LOMBARDO, *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cassazione penale*, 3/1993, 753. L'A. parla di "incontro tra «ordine asimmetrico» e «ordine isonomico»", ossia tra due modelli processuali caratterizzati, il primo, dalla tensione verso la ricerca della verità materiale in forza di una concezione della prova nel senso benthamiano di "dimostrazione tecnica" e il secondo, dalla configurazione della prova come "strumento di persuasione" diretto a convincere il giudice della fondatezza della propria ricostruzione fattuale e giuridica. In senso parzialmente difforme, altra parte della dottrina ha affermato che "nel codice Rocco la commistione dei due modelli si è realizzata secondo il criterio per cui i fatti debbano essere accertati con metodo inquisitorio nell'istruzione e valutati con metodo accusatorio nel dibattimento" (A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1991, 10).

difesa¹⁰³, respinse ogni concezione *argomentativa* della prova¹⁰⁴, configurandola piuttosto – nel solco della tradizione probatoria dell’Europa continentale – come strumento tecnico funzionale alla dimostrazione dei fatti di causa¹⁰⁵. Non può dunque sorprendere che il primo comma dell’art. 192 c.p.p.¹⁰⁶, nel codificare il principio del libero convincimento del giudice, introduca due limitazioni all’esercizio di tale potere valutativo: la necessità di impiegare “criteri” logici nella formazione del proprio convincimento e l’obbligo di ostendere nella motivazione il percorso argomentativo seguito per giungere alla decisione¹⁰⁷.

¹⁰³ M. BILANCETTI, *Sistema accusatorio e indagini preliminari*, in *La Giustizia Penale*, 8-9/1989, 481.

¹⁰⁴ M. NOBILI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit. In senso parzialmente difforme, parte della dottrina puntualizza che lo sviluppo in chiave argomentativo-retorica delle attività processuali “non significa abbandono delle stesse a istanze soggettivistiche ed emotive né il rifiuto di applicare i risultati dell’epistemologia contemporanea in relazione ai criteri di verità [...] impiegabili per suffragare il passaggio inferenziale di dati conoscitivi ottenuti alle conclusioni circa la loro efficacia a fondare la decisione” (G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cassazione penale*, 3/2006, 1210-1211).

¹⁰⁵ L. G. LOMBARDO, *op. cit.*, 756. A proposito della contrapposizione tra modello accusatorio e modello inquisitorio, meritano di essere ricordate le parole di Ferrua, il quale denuncia che “l’aspetto desolante è che entrambi, avendo la medesima filosofia in ordine alla ricerca della verità, ritengono che vi sia una tendenziale incompatibilità tra questa e le garanzie, specie quella del contraddittorio, aprendo così la via al dilemma: o le garanzie o la verità” (P. FERRUA, *Giustizia del processo*, cit., 1203). Per maggior approfondimento, v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale (Struttura e procedimento)*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2015, 10 ss. In senso parzialmente difforme, altra parte della dottrina ha sottolineato che, se sotto il vigore del rito inquisitorio era pacifico che il processo penale fosse informato alla ricerca della verità materiale, tale fine si attenuò con il passaggio al rito accusatorio, il quale, in quanto processo di parti, tendeva piuttosto alla risoluzione dei conflitti giurisdizionali mediante una decisione “giusta” (P. V. MOLINARI, *La verità nell’ordinamento giuridico*, in *Cassazione penale*, 6/2005, 2181-2182).

¹⁰⁶ La norma afferma che “Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati”. Secondo Nappi, la libera valutazione del giudice trova la propria legittimità nel rispetto del metodo legale di formazione della prova, a discapito di ogni versione irrazionalistica del libero convincimento, il quale non può in alcun modo significare arbitrio incontrollabile, avendo fondamenti morali prima che scientifici. In questo senso, ad avviso dell’A., il nuovo sistema probatorio penale si caratterizza per una maggiore legalità della prova. Viene, altresì, riportata al centro del sistema processuale la ricerca della verità, che appare irrinunciabile, come testimoniato dall’art. 507 c.p.p., il quale consente alla fine dell’istruzione dibattimentale di ammettere le prove che il giudice ritenga necessarie per la decisione, nella consapevolezza che “i frammenti di realtà che rilevano ai fini della funzione giurisdizionale vanno accertati” (A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cassazione penale*, 8-9/1991, 1517-1525).

¹⁰⁷ P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/1990, 139. A ben vedere, nella relazione al progetto preliminare del nuovo codice (sub. art. 192), si legge che “il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare [...] mira a segnalare, anche a livello codicistico, come la libertà di apprezzamento della prova trovi un limite in principi razionali che devono trovare risalto nella motivazione”. Secondo

Tale modello teorico è stato inciso in modo significativo da alcune pronunce della Corte costituzionale¹⁰⁸, che la dottrina ha accolto con qualche perplessità¹⁰⁹. Particolare considerazione merita senz'altro la sentenza n. 255 del 1992, in cui il giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p. nella parte in cui non prevedono l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento – se sono state utilizzate per le contestazioni previste dai commi 1 e 2 della medesima norma – delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, ha espressamente sostenuto che “fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità” e che “il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità”¹¹⁰. Si tratta, evidentemente, di due affermazioni di grande portata assiologica giacché la Corte, muovendo da un concetto “forte” di

Nappi, all'interno del nuovo sistema processuale, la motivazione “può svolgere una funzione razionalizzatrice, non assoluta, ma irrinunciabile” (A. NAPPI, *op. ult. cit.*, 1516).

¹⁰⁸ Si segnalano, in particolare, le due pronunce seguenti. In primo luogo, Corte cost. 31 gennaio 1992, n. 24, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 195 comma 4 c.p.p., che vieta la testimonianza indiretta degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria: secondo la Corte, tale divieto rappresenterebbe infatti “un'eccezione sfornita di ragionevole giustificazione, sia rispetto alla disciplina dell'art. 195 c.p.p. nel suo complesso, sia rispetto alle regole dettate dagli artt. 196 e 197 c.p.p., in quanto gli appartenenti alla p.g. hanno capacità di testimoniare come ogni persona e nei loro confronti non è prevista alcuna incompatibilità. È costituzionalmente illegittimo, per analoghe considerazioni, con riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 2, n. 31, secondo periodo, l. 16 febbraio 1987, n. 81, nella parte in cui vieta l'utilizzazione agli effetti del giudizio, attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese dai testimoni”. Merita, altresì di essere segnalata Corte cost. 3 giugno 1992, n. 253, nella quale i giudici di Palazzo della Consulta hanno dichiarato incostituzionale l'art. 513, comma 2, c.p.p., “nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, sentite le parti, disponga la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art. 210, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere”. Occorre, per completezza, segnalare che la l. 1 marzo 2001, n. 63 ha successivamente modificato sia l'art. 500 c.p.p. sia l'art. 195, co. 4, c.p.p.

¹⁰⁹ Secondo Iacoviello, le questioni di costituzionalità sottoposte alla Corte dissimulerebbero, in realtà, un problema di ri-orientamento della politica criminale, ad appena tre anni della nascita del nuovo codice di rito, che vedrebbe alleati tra loro il legislatore e il giudice delle leggi (F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 8-9/1992, 2028).

¹¹⁰ Si segnalano, tra gli altri, i commenti di P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1992, 1455 ss. e di G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Il Foro Italiano*, 7-8/1992, 2023 ss.

verità¹¹¹, stabilisce che i principi dell'oralità e della immediatezza nell'assunzione delle prove debbono essere temperati con il principio – ugualmente fondamentale – di “non dispersione dei mezzi di prova” acquisiti nella fase delle indagini preliminari¹¹². Più precisamente, la Corte costituzionale sembra enucleare il principio generale secondo cui ogni regola di esclusione di elementi di prova, basata su norme processuali sprovviste di copertura costituzionale in quanto rimesse alla discrezionalità del legislatore ordinario – quali i principi che informano il modello accusatorio – debbono rispettare il canone della ragionevolezza sia in termini relativi, ossia rispetto alla disciplina di ipotesi analoghe, sia in termini assoluti, cioè in considerazione della funzione stessa che svolge la giurisdizione penale¹¹³.

Invero, parte della dottrina ritiene che l'interpretazione avvalorata dalla Corte costituzionale non troverebbe diretto conforto nella scelta operata dai codificatori, i quali – per pudore o per diffidenza – avevano espunto dal nuovo codice di rito l'espressione “ricerca della verità” per sostituirla con la più asettica locuzione “accertamento del fatto”. Secondo tale indirizzo dottrinale il dettato normativo appariva infatti netto nell'abbracciare una concezione “debole” e relativistica della verità, configurata in termini probabilistici e condizionata dalle regole che ne consentono l'accertamento all'interno del processo penale¹¹⁴: in questo senso è stato affermato che il codice aveva in sostanza “scommesso sulla capacità epistemologica del contraddittorio dibattimentale e aveva posto ogni premura nell'evitare che l'indagine preliminare potesse ipotecare la decisione finale”¹¹⁵. Con queste premesse, viene

¹¹¹ Ossia di una verità “unica, invariabile, valevole *erga omnes*: una verità che deve essere ricercata comunque, insensibile a vincoli e regole di esclusione” (F. M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 2029).

¹¹² L. G. LOMBARDO, *op. cit.*, 757.

¹¹³ L. G. LOMBARDO, *op. cit.*, 758.

¹¹⁴ F. M. IACOVIELLO, *op. loc. cit.* L'A. sostiene, infatti, che se la nozione di verità “fa pensare a qualcosa di oggettivo e di autonomo rispetto alla scelta dei mezzi conoscitivi, «l'accertamento del fatto» dipende dal metodo: variando il metodo, varia il risultato dell'accertamento probatorio”. Sulla concezione relativistica della verità accertabile nel processo penale, v. anche M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Il Foro italiano*, 5/1989, 275.

¹¹⁵ F. M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 2031. Secondo l'A., risultava peraltro logicamente giustificato il fatto che mezzi di prova meno garantiti, come quelli acquisiti nella fase delle indagini preliminari, avessero una valenza conoscitiva più circoscritta rispetto a quelli espletati nel contraddittorio dibattimentale. D'altronde, il legislatore aveva operato una scelta precisa: il depotenziamento della capacità probatoria delle indagini preliminari e l'incastamento della prova nel dibattimento (art. 526 c.p.p.). Pur pervenendo a conclusioni differenti, anche

pertanto stigmatizzato il predetto intervento della Corte costituzionale, il quale, consentendo la formazione di un nucleo probatorio omogeneo utilizzabile per le determinazioni da adottare sia nella fase preliminare, sia nella fase dibattimentale, sia nei riti differenziati, avrebbe trasformato il processo penale in un processo a verità tendenzialmente unica¹¹⁶.

4. LA DECISIONE. Ragionamento giudiziario e sua giustificazione

4.1. La struttura del ragionamento giudiziario

Sulla scorta di quanto sinora illustrato in relazione alla dicotomia processo - verità, occorre ora portare a compimento la trama logico-argomentativa del presente capitolo, dedicando qualche riflessione alla *decisione*, che rappresenta il momento di cristallizzazione dell'attività giurisdizionale, nel quale l'attività cognitiva e l'attività imperativa del giudice trovano la propria sintesi. Si è scelto, in questa sede, di scomporre l'indagine intorno alla fenomenologia del ragionamento giudiziario in tre parti, dedicate rispettivamente alla struttura del ragionamento giudiziario, all'esigenza di razionalità e di legalità della decisione e, infine, al fondamento e alle funzioni dell'obbligo di motivazione.

Ad avviso di chi scrive, tale approfondimento si rivela essenziale per comprendere come il sapere scientifico interagisca con le categorie logico-giuridiche che orientano il giudice nel proprio ragionamento decisorio, rappresentando lo sfondo cognitivo nel quale si realizza l'incontro tra diritto e scienza.

Il primo tema che si intende analizzare è quello della natura e della struttura del ragionamento giudiziario. Inutile dire che si tratta di una tematica che ha sollecitato in

Lombardo riconosce che il reale elemento di novità registrabile nel passaggio dal codice Rocco al codice moderno è rappresentato proprio dalla tecnica processuale di ricerca della verità, identificabile non già nel potere "sovrano" di indagine riconosciuto al pubblico ministero, bensì nel contraddittorio dibattimentale, quale luogo elettivo di formazione della prova (L. G. LOMBARDO, *op. cit.*, 760-761). La stessa relazione al testo definitivo del nuovo codice afferma, peraltro, che "le probabilità di una decisione giusta sono maggiori quando la prova si forma nella dialettica processuale, anziché nella solitaria ricerca dell'organo istruttore".

¹¹⁶ F. M. IACOVIELLO, *op. ult. cit.*, 2033. L'A., stigmatizzando la trama argomentativa della sentenza in commento, ritiene che la Corte abbia sostituito la propria visione del processo penale a quella cristallizzata nel codice, proponendo un modello teorico fondato sulla combinazione di tre principi: il principio della ricerca della verità materiale, il principio di non dispersione dei mezzi di prova e il principio del libero convincimento del giudice.

ogni epoca storica la riflessione di grandi pensatori: già nella retorica classica, veniva proposta la distinzione tra *elocutio*, *inventio* e *argumentatio*, quest'ultima recante molteplici riferimenti al ragionamento sillogistico e alle strutture logiche dell'argomentazione¹¹⁷.

Invero, occorre rammentare che la dottrina del sillogismo giudiziale deve la sua originaria teorizzazione a Beccaria, il quale, in *Dei delitti e delle pene* (1764), indica nel "sillogismo pratico" il metodo precipuo del ragionamento giudiziario, affermando che "in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la [premessa] maggiore dev'essere la legge generale, la [premessa] minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza"¹¹⁸. Tale teorica è stata considerata il manifesto del cosiddetto logicismo giuridico, il quale ambiva ad un paradigma di perfetta razionalità¹¹⁹, in ossequio alle tesi correnti nella cultura

¹¹⁷ Si pensi, ad esempio, a Cicerone e a Quintiliano. Il primo individuerà, peraltro, un importante argomento, che chiama *locus ex consequentibus*, consistente in un ragionamento per indizi che risale dagli effetti alla causa che li ha prodotti, il quale rappresenta l'embrione dell'odierno ragionamento induttivo (M. T. CICERONE, *Topica*, 19, 88; ID., *De oratore*, II, 170; ID., *De inventione*, I, 47). Parimenti, Quintiliano valorizza il ruolo della logica nel ragionamento probatorio, trattando delle prove induttive, più o meno controvertibili, e delle prove deduttive, fondate su uno schema sillogistico (M. F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, V, 9, 3 ss., V, 10, 1 ss., 53-54, 62-70).

¹¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (prima edizione 1764), Milano, Rizzoli, 1981, 69. Come rilevato in dottrina, pare che l'opera di Beccaria non fu il prodotto *unius auctoris*, giacché il testo fu rimaneggiato da Morellet nella traduzione francese e incorporò disinvoltamente l'apologia scritta dai fratelli VERRI, così da risultare il portato di un *atelier* di intellettuali, che proponevano in ogni caso una politica del diritto condivisa consistente nel ridimensionare il ruolo sociale del diritto e dei giuristi (M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2015, 163-166).

¹¹⁹ G. CARCATERA, *Cesare Beccaria e Chaïm Perelman: logicismo e antilogicismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/2014, 576. L'A. sostiene che la pretesa di apoditticità e di assoluta certezza del logicismo di Beccaria poggiasse su una premessa logica errata, ossia la convinzione che il giudice potesse applicare la legge senza interpretarla, che conduceva ad una costruzione teorica eccessivamente semplificata. Difatti la premessa maggiore, cioè la legge, è rappresentata non già dal disposto letterale del testo normativo, bensì dal risultato del procedimento interpretativo compiuto dal giudice per attribuire un significato alla disposizione in esame. Parimenti, anche la premessa minore viene ricavata al termine di un complesso procedimento probatorio, all'esito del quale si asserisce la sussistenza o meno del fatto dedotto in giudizio (ID., 577-578). Nello stesso senso, v. Marinelli, secondo il quale la premessa maggiore, o di diritto, può dirsi inconfutabile soltanto se il testo normativo è formulato in modo chiaro e completo, condizione la cui realizzazione non è affatto scontata. Allo stesso modo, anche la premessa minore, o di fatto, può dirsi certa solo a patto di trovare pieno riscontro nell'apparato probatorio disponibile e di essere il risultato di un procedimento di sussunzione

illuministica del tempo¹²⁰. Evidentemente, la teoria della riducibilità del giudizio al modulo sillogistico si fonda su due convinzioni di chiara matrice positivista: da un lato, quella della piena adeguatezza e sufficienza dell'interpretazione letterale, dall'altro, quella della sussistenza di un'unica applicazione corretta della legge, idonea a soddisfare al contempo ragione e giustizia¹²¹.

A ben vedere, lo schema sillogistico proposto da Beccaria si proponeva non già come un discorso scientifico, bensì come una ideologia politica rivolta ad orientare il comportamento giudiziale verso “atteggiamenti di fedeltà alla legge, e verso esiti di giurisprudenza stabile, certa e prevedibile”, con particolare riferimento al giudizio penale¹²². In questo senso, la dottrina del sillogismo giudiziale si configura sia come una dottrina normativa del giudizio penale, diretta a prescrivere al giudice come giudicare e al legislatore come riformare la giustizia penale, sia come una teoria conoscitiva applicabile ad ogni giudizio, penale o civile, che pretende di descrivere la fenomenologia del ragionamento giudiziale mediante la formulazione di un paradigma di carattere metodologico¹²³. Se infatti un merito può riconoscersi alla teorica del sillogismo giudiziale, esso risiede proprio nell'aver predisposto “uno schema argomentativo valido, tale per cui se le premesse sono vere la conseguenza è vera”¹²⁴.

Tale modello, che ha pervaso – e che tuttora permea – la cultura giuridica europea, è stato sottoposto ad un esame critico a partire dai primi decenni del '900,

univoco e necessitato. L'A. rileva, in ogni caso, l'assoluta indefettibilità del momento della “mediazione interpretativa”, che definisce consustanziale alla lettura della legge (V. MARINELLI, *Attività ermeneutica e contesto giudiziario*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2/2000, 203, 193-195).

¹²⁰ In particolare, nel salotto milanese di Pietro e Alessandro Verri.

¹²¹ V. MARINELLI, *op. cit.*, 201.

¹²² R. GUASTINI, *In tema di ragionamento giudiziario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1981, 199.

¹²³ M. BARBERIS, *op. cit.*, 168-169. A tal proposito, l'A. ritiene che “le idee di Beccaria contribuiranno alla ricetta giuridica della Rivoluzione francese” nel duplice senso della riduzione del diritto alla legislazione e della limitazione dell'arbitrio giudiziale, nel tentativo di debellare l'*interpretatio*.

¹²⁴ V. MARINELLI, *op. cit.*, 202. Sull'esigenza di razionalità, logicità e controllabilità insita nel modello sillogistico, v. anche G. CARCATERA, *op. cit.*, 579; M. BARBERIS, *op. cit.*, 170-172. Tali AA. rilevano concordemente che, una volta riconosciute le natura di ragionamento complesso e soprattutto *defeasible*, il sillogismo giudiziale consente in ogni caso di svolgere un controllo sulla logicità della decisione, conservando dunque una funzione normativa, per quanto molto debole.

quando si cominciò a denunciarne la parzialità e l'inadeguatezza¹²⁵. In tempi più recenti, Ferrajoli ha efficacemente osservato che l'“idea del giudizio come sillogismo perfetto e del giudice come bocca della legge ha [...] [una] totale inattendibilità epistemologica e [una] conseguente impraticabilità giuridica”¹²⁶. Analogamente, Taruffo ha affermato che la teoria del sillogismo giudiziale “non è e non è mai stata una descrizione attendibile della decisione giudiziaria in nessun ordinamento”, giacché inconsistente sotto il profilo logico e inadeguata a rappresentare la complessità della decisione giudiziaria¹²⁷. Malgrado questa consapevolezza, è stato, tuttavia,

¹²⁵ Già Carnelutti ammonisce sulla parzialità del paradigma sillogistico nell'ambito del ragionamento giudiziario, rammentando che “Non v'è altro strumento che debba prendere il posto del sillogismo; ma in esso non si può riconoscere l'atto logico originale” (F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1951, 203). L'A. sottolinea da un lato, che mentre il sillogismo *dimostra*, il giudizio *inventa*, e dall'altro, che non si tratta di sostituire la logica sillogistica, ma di integrarla. In questo senso, egli rammenta che “ciò che i giuristi debbono sapere è come la matematica sia logica”, di talché anche il giurista ha bisogno della matematica, che consentirebbe di inoltrarsi “nell'immenso regno delle possibilità” (ID., *op. cit.*, 203, 207, 212). Nella stessa direzione si pone anche Calamandrei, il quale rivolge un'aperta critica alla tesi della sentenza come sillogismo, rilevando che “Chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia”, giacché “La verità è che il giudice non è un meccanismo, non è una macchina calcolatrice [...]; non è nemmeno uno storico della realtà giuridica” che “si limita ad accertare ciò che già è, senza concorrere, colla sua volontà stimolata dal suo sentimento, alla creazione pratica di questa realtà” (P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 59-61). Lo stesso Calogero afferma nella sua critica mordace al modello sillogistico che “quel che fa il giudice di «logico» non ha nulla; e quel che fa veramente, non è logico”, giacché il ruolo del giudice non consiste nel ricavare sillogisticamente la conclusione da premesse date, bensì nel ricercare e nel fissare tali premesse (G. CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937, 50-51). A ben vedere, la tesi di Calogero è stata, poi, pienamente condivisa da Guastini, il quale ha ribadito che “La logica gioca un ruolo più che modesto nel lavoro del giudice”, poiché il compito del giudice risiede proprio nel fissare le premesse del proprio ragionamento, premesse che non possono mai considerarsi come “date” (R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 199). Per maggiore approfondimento sulle diverse teorie del giudizio, in particolare quella fondata sul modello sillogistico e quella basata su fattori retorico-argomentativi, v. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, 159 ss.

¹²⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 18.

¹²⁷ M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Torino, Giappichelli, 1997, 143. Nello stesso senso, v. anche Ubertis, il quale sostiene che “I caposaldi più o meno impliciti di siffatta teoria devono [...] ritenersi caduti con la smentita a livello epistemologico della possibilità di ottenere una assoluta “Verità” che conduca alla conoscenza di una altrettanto assoluta “Oggettività” (G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, cit., 1208). In senso difforme, parte minoritaria della dottrina ha, invece, sostenuto che la sentenza dovrebbe essere rappresentata non già come un sillogismo, quanto come “una concatenata successione di sillogismi” (M. ROTONDI, *Considerazioni “in fatto” e “in diritto”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1977, 967). Si è, altresì, sostenuto che il ragionamento giuridico rimarrebbe tuttora basato sullo schema sillogistico, con l'unica differenza che nei tempi d'oggi la premessa maggiore è

riconosciuto alla teoria sillogistica il merito di aver tentato di vincolare il giudice a criteri razionali di decisione e a regole riconoscibili di ragionamento: in particolare, la deduzione sillogistica, intesa come connessione sussuntiva, seppur inidonea ad offrire una descrizione esauriente del ragionamento decisorio, rappresenta il nucleo essenziale dell'applicazione della norma al fatto¹²⁸.

In contrapposizione al logicismo giuridico di derivazione illuministica, il movimento culturale che si è sviluppato nel corso del '900 ha assunto una connotazione decisamente antilogicista. A ben vedere, tale orientamento metodologico non si è limitato alla critica del modello sillogistico proposto da Beccaria, ma ha inteso recidere ogni connessione tra la logica e il diritto, al quale meglio si attaglierebbe lo strumento della retorica¹²⁹. Il più autorevole esponente della cosiddetta nuova retorica è senza

una "premessa composita", essendo formata su una pluralità di norme o di segmenti di norme tra loro legate e disposte in scala gerarchica (V. ITALIA, *Il ragionamento giuridico*, in *L'Amministrazione Italiana*, 9/2008, 1152-1154).

¹²⁸ M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità*, cit., 143-144. In tal senso, occorre rammentare che autorevole dottrina straniera, pur respingendo la teoria globale del sillogismo giudiziario, ha riproposto la tesi secondo cui la giustificazione della decisione giudiziale può fondarsi su una deduzione sillogistica. Il riferimento è all'opera di Neil MacCormick, il quale ha sostenuto che "se si assume che il sillogismo giudiziario rivela la struttura di qualsiasi ragionamento giuridico che riguarda l'applicazione del diritto, allora ci sarà un ambito limitato di problemi la cui soluzione richiede in linea di principio un ragionamento non-deduttivo, ossia retorico o persuasivo". L'A. ha difatti tentato di dimostrare che la giustificazione deduttiva ha la struttura sintattica del *modus ponens*, atteggiandosi secondo lo schema condizionale "se x, allora y, ma x allora y", dove x individua un insieme di fatti operativi e y la conseguenza normativa. Da ciò discende la tesi del sillogismo normativo, in base al quale, data una regola e data la verifica dei fatti operativi da essa descritti, si può derivare la conseguenza normativa della regola. In sostanza, l'A. ritiene che compiute l'interpretazione e la convalidazione, il giudice operi un'inferenza logica, di talché una motivazione puramente logica della decisione appare possibile. Tale concezione è strettamente connessa ai valori dello stato di diritto, il quale, ad avviso di MacCormick, può dirsi garantito solo se il ragionamento giuridico viene configurato come una combinazione di sillogismi basati su regole, suscettibili dunque di controllo esterno (N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 42 ss.). Per una lettura critica delle tesi di MacCormick, v. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 200-203; G. SARTOR, *Sillogismo e defeasability. Un commento su Rhetoric and the Rule of Law di Neil MacCormick*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 9/2009, 9 ss.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico di Neil MacCormick*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 9/2009, 29 ss.; A. SCHIAVELLO, *Osservazioni a margine di "Legal reasoning and Legal Theory" di Neil MacCormick a vent'anni dalla pubblicazione*, in *Il Foro italiano*, 7-8/2009, 245 ss.

¹²⁹ Invero, parte della dottrina, conservando un atteggiamento scettico sull'impiego della retorica nel contesto giudiziario, ammonisce sull'esigenza di "superare le insidie della persuasione retorica per attingere a certezze razionali", al fine di pervenire ad una decisione mediata dalla ragione critica e non già affidata alla maggiore o minore persuasività delle tecniche di comunicazione (V. MARINELLI, *op. ult. cit.*, 199-200). In senso parzialmente difforme, vi è chi ritiene che si debba chiarire il valore semantico del termine retorica, che può

dubbio Perelman, il quale propone una lettura per così dire attualizzata dell'arte retorica, delineandola come l'insieme dei mezzi argomentativi e dialettici che consentono al discorso di suscitare il consenso dell'uditorio¹³⁰. In questo senso, gli argomenti consentirebbero di rendere accettabili le decisioni secondo un paradigma di equità e di giustizia, quest'ultima intesa come "accettabilità sociale" della decisione, che il giudice conquista conformandosi non già alla volontà del legislatore, bensì alla "volontà della nazione", ossia ai "valori dominanti nella società"¹³¹.

Invero, in posizione intermedia tra le tesi logiciste e le tesi retoriche può collocarsi la ricostruzione teorica che distingue tra giustificazione interna della decisione e giustificazione esterna delle premesse del sillogismo giudiziale. La prima, costituita dalle premesse necessarie e sufficienti a fondare la decisione, è strutturata secondo uno schema sillogistico e presenta, dunque, un carattere logico-deduttivo; la seconda, consistendo, invece, nella argomentazione/giustificazione delle premesse

significare sia strumento diretto alla persuasione inconsapevole, sia uso di argomenti ragionevoli, identificabili e controllabili. Se declinata in questa seconda accezione, vi sarebbe ampio spazio per la retorica nel processo e nella decisione, giacché è proprio la ragionevolezza degli argomenti a consentire la controllabilità delle ragioni poste a fondamento della decisione (M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità*, cit., 146-147).

¹³⁰ Nell'ambito della dottrina italiana antiformalista e antiscientista, occorre senz'altro segnalare l'opera di Giuliani, il quale aderisce alla nuova retorica di Perelman, assumendo una posizione che i successivi commentatori hanno qualificato come intermedia fra retorica e logica. Si rinvia, in particolare, alla voce enciclopedica A. GIULIANI, *Logica del diritto (Teoria dell'argomentazione)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, nonché a uno dei suoi primi e principali lavori, la monografia ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961, che è stata definita uno dei migliori contributi alla filosofia del diritto dell'ultimo cinquantennio (così G. CARCATERRA, *L'argomentazione giuridica fra retorica e logica nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, 340).

¹³¹ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, "Méthodes du droit", dirigé par J. CARBONNIER, Paris, Dalloz, 1976, 107, 147, 176. Secondo l'A., gli argomenti giuridici permettono di trovare costruzioni dialettiche capaci di offrire un fondamento giuridicamente accettabile alla soluzione che si impone socialmente. In questo senso, il diritto svolge una funzione sociale di mediazione dei conflitti. Invero, questa tesi ha suscitato reazioni critiche di parte della dottrina, la quale ha ritenuto che l'antilogicismo retorico di Perelman convalidi una forma di populismo giuridico, stante il ruolo troppo importante assegnato alla *vox populi* (così G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, 580-587). Per maggiore approfondimento sull'opera di PERELMAN, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'argomentazione giuridica e la funzione sociale del diritto in Chaim Perelman*, in *Sociologia del diritto*, 1/1977, 165 ss.; B. BARTOCCI, *Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman*, in *Ars Interpretandi*, 2010, 115 ss.

poste a base del sillogismo decisionale, si serve di argomenti di carattere retorico¹³². Quest'ultima, coincidendo, di fatto, con la motivazione in diritto e con la motivazione in fatto, non può che approdare a conclusioni verosimili o probabili, sprovviste di quel grado di certezza che ci si attende, invece, dall'applicazione del metodo logico-sillogistico¹³³.

Ciò posto, occorre ora indagare le due principali strutture logiche in cui può articolarsi la logica della ricerca: il ragionamento per esclusione e il ragionamento per indizi¹³⁴. Il primo, basato su un sillogismo disgiuntivo, proprio della logica deduttiva, tale per cui "A o B o C, ma B e C non sono possibili, quindi A", è impiegato anche nel settore della scienza giuridica, tanto in relazione alle questioni di fatto, quanto in relazione alle questioni di diritto¹³⁵. Il secondo si fonda, invece, su un nesso di consequenzialità probabilistico e presenta la medesima struttura del ragionamento giuridico di carattere presuntivo, nel quale – come è noto – il giudice compie un

¹³² E. TORRI, *I fondamenti della logica: metodi dell'argomentare e modalità dell'agire*, in *Legalità e giustizia*, 2-3/2004, 100-101. In relazione alla giustificazione interna, l'A. rammenta che l'applicazione giudiziale di una norma generale ad un caso concreto, classificata come un semplice ragionamento deduttivo, rappresenta tecnicamente un "sillogismo ipotetico misto", recante una premessa maggiore di tipo condizionale, ossia la norma giuridica ritenuta applicabile alla fattispecie concreta, e una premessa minore, ossia l'enunciato fattuale avente ad oggetto la fattispecie concreta che rientra nell'alveo applicativo della norma, che asserisce la verità del proprio antecedente logico.

¹³³ E. TORRI, *op. cit.*, 102-103. L'A. precisa che mentre la motivazione in diritto serve a giustificare la premessa maggiore, ossia le norme ritenute applicabili al caso di specie, la motivazione in fatto è, invece, rivolta a giustificare la premessa minore, ossia una certa descrizione dei fatti oggetto del giudizio. Evidentemente, le due categorie, seppur distinguibili da un punto di vista concettuale, appaiono poi fortemente intrecciate nel tessuto argomentativo della decisione. Lo stesso può - secondo Ubertis - predicarsi, più in generale, della tralatizia distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, alla quale va riconosciuta un valenza essenzialmente metodologica, trattandosi delle componenti di una coppia inscindibile che vengono considerate disgiuntamente solo per rispondere ad esigenze di carattere processuale (G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, cit., 1212; ID., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, 76).

¹³⁴ G. CARCATERA, *La logica della ricerca giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/2015, 578.

¹³⁵ G. CARCATERA, *op. ult. cit.*, 579-584. L'A. precisa che, con riferimento alle questioni di fatto, il ragionamento per esclusione consente di pervenire a risultati utili e attendibili solo ove le premesse delle ipotesi alternative e delle esclusioni siano "almeno praticamente certe", poiché altrimenti la conclusione sarà solo probabilistica. Con riguardo, invece, alle questioni di fatto, il modello logico in parola trova applicazione laddove sorgano problemi di validità e di interpretazione delle norme. Per maggiore approfondimento, v. anche ID., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, 226-227.

procedimento logico consistente nell'inferire da un fatto noto un fatto ignoto¹³⁶. A ben vedere, si deve a Peirce l'analisi del ragionamento per indizi¹³⁷, mediante il quale si giunge a scegliere l'ipotesi che rappresenta la spiegazione più verosimile degli indizi disponibili¹³⁸.

¹³⁶ In questo senso, occorre rammentare che, già nel 1974, Taruffo giudicava fuorviante poiché inidonea a rappresentare la complessità e l'eterogeneità delle possibili situazioni derivanti dall'accertamento presuntivo, l'alternativa logica proposta dalla giurisprudenza di legittimità circa le modalità di derivazione del fatto ignoto nel ragionamento presuntivo, così sintetizzabile: da un lato, si affermava che il fatto ignoto doveva costituire una conseguenza necessaria del fatto noto, tra i quali si instaurava, dunque, un nesso di implicazione assoluta; dall'altro, si sosteneva, invece, che, laddove la regola di inferenza fosse ricavata dall'*id quod plerumque accidit*, non si configurava alcun rapporto necessitato tra fatto noto e fatto ignoto, dipendendo l'attendibilità dell'accertamento da modalità di costruzione della massima d'esperienza ritenuta rilevante nel caso di specie. Nel tentativo di superare tale prospettiva, l'A. sottolineava, invece, la necessità di affrontare la questione della natura delle regole d'inferenza "sotto il profilo del fondamento conoscitivo che può essere attribuito di volta in volta al concreto accertamento del fatto ignoto", nella consapevolezza dell'impossibilità di addivenire ad una verità assoluta nel campo probatorio. Si evidenziava, cioè, l'esigenza che la valutazione degli elementi probatori, condotta attraverso le massime d'esperienza, fornisse al *factum probandum* quel supporto razionale sufficiente a suffragare un'ipotesi probabile e quindi valida nel contesto della decisione. Fondamentale si rivela, dunque, il concetto di "grado di probabilità" - che, come si è visto, si avvicina al concetto epistemologico di *warrant* -, da intendere come livello di conferma che il fatto ignoto riceve sulla base del fatto noto e delle regole inferenziali applicate (M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Il Foro italiano*, 3/1974, 90-98). A tal proposito, occorre rammentare che già Calamandrei qualificava come giudizialmente "certo" non già ciò che può essere conosciuto e accertato senza alcun margine di dubbio, bensì ciò che è affermato con un grado di probabilità tale da garantire certezza "ragionevole" alla decisione che assume come vero un determinato fatto (P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in ID., *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1947, VI, 1957, 120 ss.). Nello stesso senso, v. anche Cernelutti, il quale aveva giustamente sottolineato che, specie nel campo probatorio, la certezza non poteva mai essere intesa come verità assoluta, dovendo piuttosto riferirsi ad un grado sufficiente di verosimiglianza o attendibilità, raggiungibile anche mediante le prove presuntive (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 144 ss.).

¹³⁷ G. CARCATERA, *La logica della ricerca giuridica*, cit., 586-588. L'A. rileva che, prima ancora di Peirce, la prova per indizi avesse trovato una sistemazione nell'opera di Bayes, teologo e matematico inglese del '700. Il teorema di Bayes, anche noto come teorema delle ipotesi, si fonda sul calcolo delle probabilità e consente di specificare ulteriormente la capacità probatoria di un ragionamento mediante una duplice verifica: a) che il fatto noto sia la conseguenza più probabile del fatto ipotizzato; b) che il fatto ipotizzato risulti già *a priori* in certa misura probabile. Sulle applicazioni più avanzate del teorema di Bayes nel ragionamento probabilistico, v. *infra*, nota 141.

¹³⁸ Si deve proprio a Charles Peirce il merito di aver denominato tale ragionamento come *abduzione* (o, più raramente, *retroduzione*) e, più in generale, di aver proposto una nuova dottrina dell'inferenza, che consentisse di spiegare l'esperienza comune a seguito della rivoluzione scientifica. Il filosofo americano muove, difatti, proprio dalla constatazione che le scienze impiegano, oltre al deduttivo e all'induttivo, un terzo tipo di ragionamento, quello ipotetico, che segue uno schema generale così sintetizzabile: "si osserva il sorprendente fatto C; ma se A fosse vero, C sarebbe naturale, perciò v'è ragione di sospettare che A sia vero" (C.

Invero, l'elemento che accomuna i due tipi di ragionamento sinora descritti risiede nell'appartenenza di entrambi alla logica delle ipotesi, e dunque alla logica dell'incerto: tanto il ragionamento per esclusione, di carattere deduttivo, quanto quello per indizi, di carattere abduttivo, consentono, infatti, di approdare a conclusioni provvisorie e a risultati *defeasable*¹³⁹.

Quanto sinora illustrato trova particolare riscontro nel campo del ragionamento probatorio, giacché il fulcro della valutazione razionale della prova è rappresentato dalla formulazione delle *inferenze* che consentono al giudice di verificare la verità o la falsità dell'enunciato fattuale che forma l'oggetto della prova¹⁴⁰. La struttura di tali

PEIRCE, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, edited by Arthur W. BURKS, Cambridge, Harvard University Press, 5, 189). Secondo Peirce, mentre l'induzione è un'inferenza di tipo sintetico che classifica e generalizza, l'abduzione, pur appartenendo alla medesima tipologia di inferenza, fa qualcosa in più, poiché indica un'ipotesi che possa considerarsi come una spiegazione accettabile del fatto osservato. In altri termini, "[...] Possiamo dire perciò che l'ipotesi produce l'elemento *sensibile* del pensiero e l'induzione l'elemento *abituale*. Quanto alla deduzione, che non aggiunge niente alle premesse ma si limita a scegliere uno dei vari fatti rappresentati nelle premesse e porta l'attenzione su di esso, può essere considerata come la formula logica del prestare attenzione, che è l'elemento *volitivo* del pensiero e corrisponde alla scarica nervosa nella sfera della fisiologia" (ID., *Collected Papers*, 2, 643). Invero l'A., pur avvertendo la differenza tra deduzione, induzione abduzione, ne afferma la complementarietà e la pari dignità, respingendo la distinzione proposta dalla logica classica tra inferenza *diretta*, la deduzione, e inferenze *indirette*, l'induzione e l'abduzione, queste ultime considerate semplici varianti deteriori della prima, prive di interesse specifico. In netta soluzione di continuità con tale impostazione, la teorica di Peirce sostiene, invece, - come efficacemente illustrato da Nynfa Bosco - che "il principio logico della probabilità, che governa la seconda e la terza figura e caratterizza l'induzione e l'abduzione, non è una variante degradata del principio logico della certezza - che governa la prima e che è stato identificato a torto col carattere specifico della deduzione - ma un principio diverso, con applicazione e dignità sue proprie" (N. BOSCO, 1. *Studio sul pragmatismo di C. S. Peirce*, in ID., *Dalla scienza alla metafisica*, Torino, Giappichelli, 1977, 54). Per maggiore approfondimento, v. anche C. S. PEIRCE, *La logica dell'abduzione*, in ID., *Caso amore e logica*, Torino, Taylor, 1956, 289-305. Sui diversi generi di inferenza, v. anche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 40-50.

¹³⁹ G. CARCATERA, *op. ult. cit.*, 593-597. Secondo l'A., questa consapevolezza non deve, però, indurre a conclusioni antilogiciste e scettiche, poiché l'idea che la logica sia fuori dal campo del ragionamento giuridico non è accettabile. La fallibilità e la rivedibilità dei risultati ottenuti attestano semplicemente che il sapere umano è in continuo progresso, di talché ciò che è vero oggi potrà non esserlo domani.

¹⁴⁰ M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., 220. In questo senso, parte della dottrina ha puntualmente rilevato che il sistema della legge "riconosce sempre e comunque un'attività di tipo inferenziale, sia che questa attinga alla verosimiglianza o alla probabilità, sia che giunga alla prova vera e propria", giacché "la prova, la presunzione e l'indizio sono tutti finalizzati alla dimostrazione dei *facta probanda* mediante l'impiego di un ragionamento di tipo inferenziale e l'uso della massima d'esperienza (F. CORDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giurisprudenza di merito*, 3/1999, 645, 633). Per maggiore approfondimento sulla connotazione probabilistica ragionamento probatorio, v.

inferenze può essere studiata a partire dal concetto epistemologico generale di *warrant*¹⁴¹, il quale, indicando il *grado* di conferma di un'ipotesi sulla base della qualità e della quantità di prove disponibili, configura un modello di argomentazione valido per chiunque debba stabilire razionalmente la verità di un'asserzione, compreso il giudice¹⁴². Talvolta lo standard di prova viene formulato direttamente dalla legge¹⁴³,

anche il fondamentale contributo J. FERRER BELTRÀ, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012, 87 ss.

¹⁴¹ Qui inteso nel suo significato epistemologico di grado di conferma di un'asserzione, che consente di distinguere la conoscenza dalla mera credenza.

¹⁴² M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., 222-223. Più precisamente, l'A. sostiene che il *warrant* riguardi la connessione che si instaura tra un'affermazione di carattere ipotetico e le prove che ne confermano la veridicità, secondo la formula $W=E \rightarrow H$ (dove W indica il *warrant*, E indica le *evidence* disponibili e H indica l'*hypothesis* in questione). Si tratta di un modello analogo a quello proposto da Toulmin, il quale, nel formulare per primo il concetto epistemologico di *warrant* come "practical standards or canons of argument", aveva elaborato un modello nel quale il *warrant* (W) è il nesso che lega i data (D), ossia le informazioni disponibili, alla conclusione (C), che costituisce il risultato dell'argomento. Per maggiore approfondimento, v. S. TOULMIN, *The Uses of Argument* (Cambridge 1958), *Updated edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 91 ss.; S. HAACK, *Defending Science - within reason. Between scientism and cynicism*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2007, 75 ss. A proposito del grado di probabilità di un'ipotesi probatoria, si segnala un pregevole contributo di Garbolino, il quale ha presentato uno dei più importanti risultati conseguiti negli ultimi anni nel campo dell'Intelligenza Artificiale, ossia la meccanizzazione del ragionamento probabilistico mediante l'impiego delle cosiddette Reti Bayesiane, ossia modelli diagrammatici informatici che consentono di affrontare problemi di inferenza, riuscendo a misurare quanto uno, o più, elementi di prova accrescano, o diminuiscano, la credibilità di un dato tema di prova rispetto alla credibilità del suo contrario (G. GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cassazione penale*, 1/2007, 326 ss.). Più specificamente, una Rete Bayesiana è "un particolare tipo di diagramma quello che si chiama un *grafo direzionale*, al quale viene associata una particolare architettura computazionale che fa uso del calcolo matematico delle probabilità" (ID., *op. cit.*, 335). L'A. rileva, in particolare, la notevole utilità che tale metodologia potrebbe spiegare nel campo della valutazione della prova scientifica, dove si può fare maggiormente ricorso a probabilità "obiettive", data la disponibilità di statistiche che consentono di fissare con maggiore precisione l'ordine di grandezza che dovrebbe avere la mia probabilità *a priori* di colpevolezza affinché lo standard dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" sia superato sulla base di quello specifico elemento di prova. Invero, l'A. si premura di rammentare che l'applicazione di tale metodologia non mira a trasformare il processo in "un'ordalia matematica, un incubo fantascientifico", intendendo piuttosto per la struttura logica che impone al ragionamento probatorio (ID., *op. cit.*, 341). Per maggiore approfondimento sulla versione moderna del teorema di Bayes, v. A. MURA, *Teoria bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*, in *Cassazione penale*, 7-8/2007, 3104 ss.; G. DALL'AGLIO, *Calcolo delle probabilità*, II ed., Bologna, Zanichelli, 2000, 62 ss.

¹⁴³ Si pensi all'art. 533 c.p.p., il quale impone al giudice di pronunciare sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio". Tale formula ripete quella della prova della colpevolezza *beyond any reasonable doubt* elaborato dalla giurisprudenza americana. Per maggiore approfondimento sul c.d. standard *B.A.R.D.*, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano,

talaltra occorre invece ricorrere allo standard razionale della cosiddetta probabilità prevalente, che impone di preferire l'ipotesi dotata di un grado di conferma probatoria più elevato di quello dell'ipotesi contraria¹⁴⁴. Evidentemente, la validità del metodo inferenziale dipende dai criteri impiegati per istituire la predetta connessione tra le prove e l'ipotesi da confermare, criteri che sono stati tradizionalmente ricondotti a quattro canoni epistemologici: il senso comune, le massime d'esperienza, le leggi statistiche e le leggi scientifiche¹⁴⁵. Inizia, dunque, ad affiorare il ruolo che il sapere scientifico riveste all'interno ragionamento probatorio, giacché – come si vedrà nel corso della trattazione – la scienza viene acquisita nel processo attraverso mezzi di prova o mezzi di istruzione probatoria¹⁴⁶.

Quanto detto induce a concludere che il valore di verità dei giudizi formulati dal giudice dipende in modo diretto e consequenziale dal fondamento razionale e conoscitivo delle nozioni impiegate per costruire le inferenze tramite cui quei giudizi sono costruiti¹⁴⁷. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui il *factum probans* sia particolarmente complesso in quanto articolato in una pluralità di circostanze: anche in tal caso deve adottarsi il canone della conferma probatoria analitica, giacché “compito

Giuffrè, 2003, 154 ss., 195 ss.; L. LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 33 ss., 51 ss.

¹⁴⁴ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1133-1135. Per maggiore approfondimento, v. ID., *La semplice verità*, cit., 222 ss.

¹⁴⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 224-227. Non vi è dubbio che il senso comune assicuri il più basso grado di attendibilità alle conclusioni raggiunte, consistendo in nozioni della comune esperienza derivanti da generalizzazioni spesso prive di fondamento nella realtà empirica. Laddove, invece, le generalizzazioni esprimano l'*id quod plerumque accidit* (o massime di esperienza), ossia il regolare verificarsi di determinati accadimenti o comportamenti, il grado di attendibilità delle conclusioni tratte appare maggiormente variabile, dipendendo dalle modalità di costruzione del parametro di “normalità”. La situazione muta significativamente qualora si ricorra, per converso, alle leggi statistiche, ossia generalizzazioni basate su un elevato grado di frequenza statistica, posto che in quel caso il procedimento inferenziale segue un modello quasi nomologico-deduttivo, consentendo di formulare conclusioni altamente attendibili. Infine, nell'ipotesi in cui il nesso inferenziale si fondi su una legge scientifica di carattere universale, la conclusione ricavata assurgerà al livello di certezza deduttiva. Ad ogni buon conto, l'A. ammonisce che il grado di conferma probatoria di un enunciato non si presta ad essere qualificato in termini probabilistici, di talché la diffusa abitudine ad assegnare valori numerici ai predetti gradi di conferma viene ritenuta priva di fondamento. Per maggiore approfondimento, v. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2001, 665 ss.

¹⁴⁶ A tal proposito, si rinvia integralmente alle riflessioni specifiche svolte *infra* nei capitoli 3 e seguenti.

¹⁴⁷ M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., 228.

del giudice è accertare la verità - nei limiti in cui le prove lo consentono - e non quello di confezionare storie narrativamente convincenti”¹⁴⁸.

4.2. L'esigenza di razionalità della decisione giudiziaria

Le riflessioni sinora svolte intorno alla struttura del ragionamento giudiziale paiono rivelare la preoccupazione, manifestata – come si è visto – da una parte rilevante della dottrina, di ancorare il procedimento decisorio ad uno schema logico, che consenta, in ultima analisi, di sottoporre la decisione ad un controllo di razionalità¹⁴⁹. L'aspirazione alla razionalità rappresenta, infatti, una dimensione essenziale del giudizio inteso come “metodo di *decision making*”, ossia come procedimento caratterizzato dall'impiego di criteri riconoscibili e dall'uso di argomenti razionali, che

¹⁴⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 239. Più precisamente, secondo l'A. la valutazione razionale delle prove dovrebbe essere condotta sulla scorta dei seguenti criteri: a) il criterio della *completezza*, che impone di prendere in considerazione tutte le prove disponibili, b) il criterio della *coerenza*, che richiede la formulazione di una giustificazione immune da contraddizioni interne e dunque chiaramente convergente verso una soluzione univoca, c) il criterio della *congruenza*, tale per cui deve esservi una piena corrispondenza tra i fatti da accertare e le prove prese in esame; d) il criterio della *correttezza logica*, secondo cui le inferenze che ordiscono la trama del ragionamento decisorio debbono risultare logicamente fondate e giuridicamente giustificate. Invero, l'A. rammenta che, laddove manchi la conferma probatoria di un fatto principale, occorre far riferimento alla disciplina dell'onere della prova, che, nell'imporre a chi ha allegato un fatto di provarne la concreta verifica, rivela una chiara funzione epistemica, mirando all'accertamento della verità (M. TARUFFO, *op. cit.*, 240, 246). Per una lettura assai critica delle deroghe alla disciplina dell'allocazione dell'onere della prova, v. M. TARUFFO, *op. cit.*, 247-260.

¹⁴⁹ La decisione deve, cioè, rappresentare “il risultato di un procedimento razionale, che si svolge secondo regole e principi, ossia secondo un metodo che ne consenta la controllabilità e ne determini la validità” (M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 194). Invero, il problema della razionalità e della controllabilità della decisione si pone solo con riferimento alle decisioni fondate su regole, e non già anche in relazione alle decisioni particolaristiche. Mentre, infatti, le prime si basano su standard tendenzialmente uniformi, le seconde, massimizzando le peculiarità del caso concreto (ad esempio, la razza, il sesso, la classe sociale, la capacità economica dei soggetti coinvolti) allo scopo di addivenire a soluzioni “più giuste”, rischiano di obliterare i principi di legalità e di uguaglianza in un'ottica di totale soggettività e discrezionalità dell'organo giudicante (M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione*, cit., 140-141).

assicurino coerenza e fondatezza alla decisione¹⁵⁰: solo a queste condizioni la giustificazione esibita dal giudice risulterà, infatti, controllabile¹⁵¹.

Se, dunque, la razionalità della decisione diviene la questione centrale del ragionamento giuridico, nonché una fondamentale garanzia di giustizia, occorre stabilire come essa debba manifestarsi nella concreta prassi decisionale. In tal senso è stato sostenuto che l'individuazione della *regola iuris* che fonda la decisione dovrebbe soddisfare almeno tre principi: la coerenza, l'universalizzabilità e la congruenza¹⁵².

¹⁵⁰ A ben vedere, il controllo di razionalità da condurre sulla prassi decisionale del giudice dovrebbe investire prima ancora delle conclusioni l'individuazione delle premesse del ragionamento giudiziario, giacché è proprio nella fase della "scoperta" delle premesse che si innesta la c.d. *precomprensione* (F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editori Laterza, 1999, 233-234). Tale concetto, che allude alle precognizioni e alle prevalutazioni culturali, sociali e giuridiche che ogni interprete - vieppiù il giudice - porta con sé, esprime un principio metodologico di primaria rilevanza, giacché consente all'interprete di avvedersi dei propri condizionamenti così da assoggettarli ad un controllo razionale (F. VIOLA, G. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, 232-233). Tale lettura, proposta da Heidegger e Bultmann e poi rilanciata da Gadamer, intende evidenziare l'esistenza e la rilevanza di una "comprensione immediata e pre-riflessiva" che si compie prima di ogni argomentazione giuridica analitica e che rappresenta la condizione di conoscenza provvisoria che attiva e sospinge l'intero processo conoscitivo. Per maggiore approfondimento, v. Gadamer, il quale ha evidenziato l'inevitabilità di una precomprensione come parte necessaria, sotto il profilo teoretico-conoscitivo, del processo di comprensione della norma (H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Milano, Studi Bompiani, 1995, 342 ss.). Secondo la ricostruzione di Esser, la precomprensione tende invece ad orientare l'interprete "verso gli orizzonti delle attese collettive", la cui anticipazione è funzionale all'accoglimento della decisione nel contesto sociale di riferimento (G. BENEDETTI, *Una testimonianza sulla teoria ermeneutica di Emilio Betti*, in *Rivista di diritto civile*, 6/1990, 784). Esser sostiene, infatti, che "Il ruolo dell'interprete, inteso come mediatore tra la coscienza sociale e la tradizione dogmatica dell'ordinamento nel sistema del suo diritto, determina la sua volontà e l'accesso alla comprensione del testo: l'anticipazione di senso, che guida la sua comprensione del testo, è determinata da un rapporto con la tradizione, che non è suo personale ma che si presenta, anche nella sua coscienza, come comune all'intera società [...]" (J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983, 136-137).

¹⁵¹ M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1998, 800. L'A. puntualizza che il giudizio dovrebbe essere inteso come il metodo razionale della decisione giudiziaria, secondo una razionalità di tipo pratico, fondata su argomentazioni inferenziali controllabili dall'esterno. In tal senso, v. anche Diciotti, il quale, nell'indagare il concetto di giustificazione razionale di una decisione, propone la categoria della "giustificazione contestualmente razionale", la quale "non solo si compone di argomenti conformi ai modelli di inferenza e provvisti di premesse accettabili, ma può anche essere considerata un elemento del discorso razionale intersoggettivo razionale, cioè quel discorso i cui partecipanti operano in modo tale da pervenire ad un accordo, esclusivamente sulla base di ragioni, sulla migliore soluzione di una questione teorica o pratica" (E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge*, cit., 98).

¹⁵² M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 21 ss.

Il primo requisito, che costituisce uno dei cardini della tradizionale teoria giuspositivistica dell'ordinamento giuridico¹⁵³, ha ricevuto una rinnovata lettura nel pensiero di Dworkin, che configura la *normative coherence* quale criterio di giustificazione di una possibile interpretazione di un enunciato legislativo o di un testo normativo (giustificazione di primo livello), oppure di una teoria giuridica idonea a suffragare una determinata scelta interpretativa (giustificazione di secondo livello): detto criterio, che si inserisce all'interno di una più complessa procedura argomentativa, consente di individuare la premessa maggiore del sillogismo giudiziale, ossia la norma¹⁵⁴. A ben vedere, la coerenza viene intesa non già come coerenza logica (nel senso di *consistency*), ossia come assenza di contraddizioni, bensì come armonia (nel senso di *fitness*), cioè congruenza delle norme in questione con uno schema di principi¹⁵⁵. Tale criterio, pur essendo in sé insufficiente a giustificare la scelta a favore di un dato esito interpretativo¹⁵⁶, consente di attribuire alla decisione quel fondamento

¹⁵³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, 233, 237 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, Giuffrè, 1955, 307 ss.

¹⁵⁴ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, 138 ss.

¹⁵⁵ Nello stesso senso, v. anche MacCormick, il quale afferma che la coerenza normativa "is a test which is not fully satisfied by mere consistency", giacché "(it) is a matter of their *making sense* by being rationally related as a set, instrumentally or intrinsically, either to the realization of some common value [...] or to the fulfilment of some common principle" (N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in *Theory of Legal Science*, ed. by A. PECZENIL, L. LINDAHL, B. von ROERMUND, Reidel, Dordrecht, 1984, 225-238. Anche Aarnio rileva come la coerenza non possa essere intesa solo come mancanza di contraddizioni, richiedendosi invece la *fitness* tra i materiali giuridici (A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, 199).

¹⁵⁶ A tal proposito, Aarnio afferma che la coerenza non costituisce una condizione minimale della *legal justification*, inidonea in sé a produrre una soluzione interpretativa razionalmente accettabile per uno specifico uditorio, il cui consenso implica l'impiego di ulteriori criteri, tra i quali il riferimento a valori condivisi (A. AARNIO, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, "Acta Philosophica Fennica", Helsinki, 1983, 177-180). Nello stesso senso anche MacCormick, il quale sottolinea come il parametro della coerenza sia in grado di offrire una giustificazione solo formale e relativistica, non esprimendo un apprezzamento o una graduazione dei valori in gioco (N. MACCORMICK, *op. ult. cit.*, 243-244). Per maggiore approfondimento sul concetto di coerenza normativa nell'opera di Dworkin, MacCormick e Aarnio, v. V. VILLA, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3/1988, 567 ss.

di razionalità¹⁵⁷ che ci si attende dal diritto in quanto insieme ordinato di norme¹⁵⁸. In questo senso, “la coerenza si pone, per i giudici, come canone ermeneutico che esprime la loro fedeltà al diritto”, posto che la decisione giudiziale deve essere integrabile nell’ordinamento, e cioè conforme e adeguata al tessuto normativo di riferimento¹⁵⁹.

Per quanto concerne, poi, il requisito dell’universabilizzabilità, esso allude all’individuazione di un criterio di decisione applicabile non solo al caso specifico, ma anche a situazioni analoghe, così da assicurare uguaglianza e razionalità nell’amministrazione della giustizia¹⁶⁰. Occorre, cioè, che anche la decisione che sembra più direttamente vincolata ai fatti del caso concreto, faccia comunque

¹⁵⁷ Sulla coerenza come *requirement for rationality*, v. anche MacCormick, il quale ritiene che il concetto di razionalità consenta di ricomprendere tanto il valore della giustizia, virtù principale dei sistemi sociali, quanto il valore della verità, virtù prima dei sistemi di conoscenza: di tale paradigma di razionalità sarebbe prima manifestazione proprio la coerenza, segno della giustizia di un sistema di regole e della verità di un sistema di asserzioni di fatto (N. MACCORMICK, *The Limits of Rationality in Legal Reasoning*, in “Rechtstheorie”, Beiheft 8, 1985, 161). Per una interessante lettura critica del modello teorico proposto da MacCormick, v. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/1988, 461 ss. Nello stesso senso, v. anche R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, in *Ratio Juris*, 3/1990, 130 ss.

¹⁵⁸ R. BALDASSARRE, *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, in *Rivista di diritto civile*, 4/1992, 432-434. Evidentemente, Dworkin è consapevole che il diritto è ben lungi dall’essere coerente: le stratificazioni e le sovrapposizioni temporali di materiali normativi hanno, infatti, provocato antinomie e conflitti tra regole, principi e valori, di talché la coerenza appare piuttosto un ideale regolativo verso cui tendere (così R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1989, 295). Ciò nondimeno, l’A. ritiene che l’interprete non debba rinunciare all’individuazione di quel nucleo di principi che gli consentono di dare un ordine razionale al materiale normativo sottoposto al suo esame, così da argomentare soluzioni giuridiche conformi ai principi dell’ordinamento (Id., *op. cit.*, 251). Tali soluzioni debbono, in ogni caso, ricavarsi mediante un procedimento decisionale rispettoso di alcuni vincoli limitativi della discrezionalità giudiziale, identificati - con riferimento agli ordinamenti di *common law* - nella dottrina del precedente, nella supremazia del potere legislativo sul giudiziario e nel principio della priorità locale (Id., *op. cit.*, 372-374). In tal senso, l’A. sostiene che l’attività interpretativa consista nel reperimento di soluzioni per i casi concreti all’interno dello specifico contesto di riferimento, composto dalle istituzioni, dalle decisioni giuridiche e dai valori della moralità pubblica della comunità (Id., *op. cit.*, 383,), giacché la ricerca della coerenza trova il proprio fondamento nell’*integrità*, ossia in una visione unitaria del diritto che giustifica le decisioni giudiziarie sulla base della loro congruenza con i principi di moralità personale e politica radicati nell’ordinamento (Id., *op. cit.*, 129, 207 ss., 371).

¹⁵⁹ R. BALDASSARRE, *op. cit.*, 436-437.

¹⁶⁰ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, cit., 21-22. In questo senso, v. anche N. MACCORMICK, *Universalization and Introduction in Law*, in *Reason in Law : proceedings of the Conference held in Bologna*, 12-15 December 1984, Milano, Giuffrè, 1987-1988, 91 ss.; Id., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, , 1994, 100 ss.

riferimento a criteri generalizzabili, poiché lo richiede la razionalità complessiva del sistema giuridico¹⁶¹.

Infine, l'ultima caratteristica che ci si attende dalla decisione consiste nella congruenza tra i suoi fondamenti e la sua accettabilità all'interno dell'ordinamento¹⁶². Tale ultimo requisito può essere riferito tanto al giudizio di fatto, quanto al giudizio di diritto: nel primo caso, il giudice deve fondare le proprie inferenze fattuali sulle nozioni proprie della cultura del tempo e del luogo in cui opera; nel secondo caso, affiora l'esigenza di una verifica della congruenza sistematica della decisione giudiziaria¹⁶³,

¹⁶¹ N. MACCORMICK, *Particulars and Universals*, in *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed. by Z. BANKOWSKI AND J. MACLEAN, Aldershot, 2006, 17. Secondo l'A., "the rationality of a system of precedents depends upon this fundamental property of normative justification, within any justificatory framework, its universalizzability. Any commitment to impartiality between different individuals and different cases entails requiring that the grounds of judgement in this case be deemed repeatable in future cases. Of course, you have to add consistency over time as a further requirement, and in addition, within any normative system, the idea of an overall coherence of values and principles, enduring through time, before you have the basis for an actual system of precedent". Sulla necessaria generalità del diritto, v. anche F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge (Mass.) - London, 2003, 291 ss. In senso contrario, gli scettici appartenenti al *Critical Legal Studies Movement* ritengono che sia possibile giustificare *ex post* qualsiasi decisione, di talché teorie del ragionamento giuridico come quelle di MacCormick servirebbero solo a mascherare il fatto che le decisioni giudiziarie hanno in realtà natura politica (R. M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harvard Law Review*, vol. 96, n. 3, 1983, 674-675).

¹⁶² M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, cit., 23. Secondo l'A., occorre cioè che le premesse del ragionamento giudiziale siano compatibili con parametri generalmente riconosciuti: "Ciò non accade se il giudice decide di applicare il criterio C ma giunge a conclusioni incompatibili con C o che non presuppongono né sono in alcun modo riconducibili a C, ovvero se C non ha alcuna connessione con le conoscenze generalmente accettate, o se C è contestato o inattendibile, o è superato dall'evoluzione culturale, scientifica o tecnologica".

¹⁶³ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, 1. *Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, 190 ss. Secondo l'A., l'argomentazione orientata alle conseguenze, che ambisce all'individuazione di soluzioni razionalmente fondate, richiede in ogni caso di essere sottoposta ad un procedimento di verifica, che consiste appunto nel controllo della sua congruenza sistematica, ossia della sua "universalizzabilità come principio integrabile a un certo livello di astrazione concettuale del sistema". Sviluppando ulteriormente la riflessione di Mengoni, Taruffo sostiene che la congruenza sistematica della decisione giudiziaria possa essere declinata e accertata sia in relazione alle norme, sia in relazione ai precedenti. In relazione a questa seconda accezione, l'A. puntualizza che si tratta di un controllo di primaria importanza in tutti gli ordinamenti giuridici moderni, "nei quali il diritto «effettivo» o «vivente» risulta spesso dalle decisioni delle corti piuttosto che dalle norme in sé considerate". Ne deriva che la congruenza con il precedente consente, da un lato, di verificare la coerenza della singola decisione nel contesto ordinamentale, dall'altro, di cogliere l'istanza di universalizzazione del criterio decisorio che assicura la razionalità della pronuncia. È così che l'A. giunge a riconoscere al precedente una funzionale essenziale nella legittimazione della singola decisione, nella consapevolezza che, anche negli ordinamenti di *common law*, la forza del precedente

posto che lo statuto di normatività della decisione deriva dalla sua idoneità ad essere accolta non solo nel contesto endoprocessuale, bensì anche all'interno della comunità giuridica e sociale di riferimento¹⁶⁴.

4.3. La motivazione della decisione

Le considerazioni sinora svolte impongono di trattare, in conclusione, un ultimo fondamentale profilo della decisione giudiziaria, che rappresenta il naturale corollario della esigenza di razionalità e di controllabilità del ragionamento giudiziale che si è tentato di tratteggiare nei paragrafi precedenti: la motivazione.

Come è noto, si tratta di un istituto al quale il nostro ordinamento – alla stregua della maggioranza dei moderni ordinamenti liberaldemocratici – riconosce una copertura costituzionale¹⁶⁵, a testimonianza della essenziale funzione di garanzia che la motivazione riveste nella conformazione del ruolo del giudice e del processo all'interno del sistema costituzionale. Prima di analizzare il valore processuale e costituzionale dell'obbligo di motivazione, si vorrebbe però svolgere qualche riflessione preliminare sulla genesi di tale istituto.

Indubbiamente, le tesi più diffuse collocano la formulazione del principio dell'obbligatorietà della motivazione nel clima ideologico e culturale dell'illuminismo,

risiede non tanto nella sua efficacia formalmente vincolante, quanto maggiormente nella sua autorevolezza (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 25-28).

¹⁶⁴ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *op. cit.*, 156 ss. Gli AA. sottolineano, cioè, che l'attività del giudice interseca sia il sapere giuridico positivo sia le strutture sociali che condizionano l'intenzionalità giudiziale, orientandola alla ricerca di una soluzione che aspiri ad un paradigma di giustizia. Con ciò, non si vuole affermare una sorta di indifferenza della giurisdizione alla legge, intendendosi piuttosto proporre una versione attualizzata del rapporto tra i predetti poli, nella consapevolezza che la certezza del diritto, l'uguaglianza di trattamento e la controllabilità della decisione solo le finalità fondamentali a cui tende il postulato della soggezione del giudice alla legge. In questo senso, gli AA. concordano con quella dottrina che assegna al giudice una funzione di mediazione, che si esercita su più livelli: "da un lato nei confronti del contesto sociale delle rappresentazioni assiologiche in esso operanti, dall'altro nei confronti del complesso dell'ordinamento giuridico in vigore, al cui interno il singolo provvedimento di legge si inserisce" (ID., *op. cit.*, 160-161).

¹⁶⁵ Il riferimento è chiaramente all'art. 111 Cost., il quale prescrive al sesto comma che "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". A ben vedere, tale previsione era originariamente contenuta nel primo comma della disposizione in esame, profondamente novellata dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. A tal proposito, meritano di essere condivise le osservazioni di Gorla, il quale ha correttamente evidenziato come il legislatore costituzionale abbia rinviato ad una nozione "comune" di motivazione della decisione giudiziaria, senza specificare il contenuto dell'obbligo di motivazione (G. GORLA, *La motivation des jugements*, in *Il Foro italiano*, 1979, vol. CII, V-1, 378).

individuando nelle dottrine giuridico-politiche relative alla natura e alla funzione del potere giudiziario l'*humus* da cui il principio in esame era germogliato¹⁶⁶. Tale ricostruzione è stata, tuttavia, parzialmente confutata da alcuni studi condotti negli anni '70¹⁶⁷, i quali hanno dimostrato che “non sussiste un collegamento biunivoco tra il diffondersi, in Europa, delle dottrine illuministiche, e l'affermazione a livello normativo del principio di obbligatorietà della motivazione”¹⁶⁸. Difatti, se, da un lato, alcune formulazioni di tale obbligo affiorano già prima e indipendentemente dall'influenza della cultura giuridica illuministica, radicandosi su basi giuridiche eterogenee ma comunque non riconducibili, almeno fino al XVIII secolo, ad essa, dall'altro, la filosofia politica dell'illuminismo giuridico non giunge alla positivizzazione del principio di obbligatorietà della motivazione, prospettando soluzioni normative ambigue e restrittive¹⁶⁹.

Invero, tali rilievi, per quanto istruttivi, non consentono di escludere che la cultura giuridico-politica di matrice illuminista abbia stimolato e favorito l'introduzione a livello normativo del principio in parola, operando in almeno tre diverse direzioni. In primo luogo, sollecitando una tendenza al razionalismo, inteso come vincolo del giudice ad un'applicazione obiettiva e razionale della legge; in

¹⁶⁶ M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/1974, 265. Ad avviso dell'A., tale ipotesi consente di svolgere considerazioni di vario genere, che sembrano inscrivere l'obbligo di motivazione in una cornice piuttosto coerente e convergente di idee derivanti dalla concezione illuministica della giustizia. In primo luogo, la collocazione della fonte normativa dell'obbligo di motivazione nella legislazione della Francia rivoluzionaria e più precisamente nell'art. 208 della Costituzione dell'anno III, secondo il quale “Le Sessioni de' Tribunali sono pubbliche; i Giudici deliberano in segreto; le sentenze si pronunziano ad alta voce; sono ragionate, e vi si enunziano i termini della Legge applicata” (*Costituzione della Repubblica francese accettata dalle assemblee primarie del popolo e proclamata dalla Convenzione nazionale come legge fondamentale della Repubblica il 25 settembre 1795*, 1, Torino, Pane & Barberis, 1798, 44-45). In secondo luogo, la riconduzione dell'istituto in parola nell'alveo della dottrina razionalista di matrice giusnaturalista, che fa discendere la giustizia della decisione dalla razionalità della giustificazione offerta dal giudice. Si pensi, in tal senso, alla teoria del sillogismo giudiziale predicata da Beccaria nella celebre opera *Dei delitti e delle pene*, per la quale si rinvia al paragrafo 4.1. del presente capitolo. L'ultima considerazione attiene infine - secondo l'A. - alla connessione che sorge tra il principio di obbligatorietà della motivazione e l'ideologia democratica del controllo popolare sull'esercizio dei poteri statali e, in particolare, sull'amministrazione della giustizia (ID., *op. ult. cit.*, 265-266).

¹⁶⁷ Il riferimento è all'importante ricerca svolta proprio su questo tema da Michele Taruffo, poi confluita in un'opera monografica intitolata *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975.

¹⁶⁸ M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile*, cit., 292.

¹⁶⁹ Per maggiore approfondimento, v. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 267-292.

secondo luogo, incentivando la tendenza alla razionalizzazione della giustizia, tanto rispetto all'attività giurisprudenziale, quanto in relazione all'amministrazione della giustizia in senso organizzativo e ordinamentale¹⁷⁰. Infine, i principi dell'illuminismo hanno, senza dubbio, contribuito all'affermazione di un'ideologia democratica della giustizia, giacché proprio l'istituto della motivazione ha permesso - almeno idealmente - di sottoporre l'operato del giudice al sindacato dell'opinione pubblica¹⁷¹.

Posta questa breve premessa, occorre rilevare che, per quanto concerne l'esperienza giuridica italiana, la prima formulazione del dovere dei giudici di motivare le proprie sentenze si rinviene nella legislazione del Regno di Napoli e, precisamente, nella prammatica del 27 settembre 1774, confermata poco dopo dal reale dispaccio del 25 novembre 1774, resosi necessario a fronte della reazione alquanto ostile che la nuova previsione normativa aveva suscitato in alcuni ordini giudiziari e in alcune frange dell'avvocatura napoletana¹⁷². Dopo le legislazioni preunitarie, tale dovere ha

¹⁷⁰ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 293-295. I medesimi rilievi sono, peraltro, condivisi anche da Evangelista, il quale afferma che “Il tramonto del misticismo processuale e la conseguente sostituzione del razionale al divino rende necessaria la produzione di regole formali idonee ad assicurare nel miglior modo possibile la razionalità o, ed è lo stesso, la giustizia della decisione” (S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Varese, Giuffrè, 1977, 154-155). D'altronde, lo stesso Carnelutti aveva sottolineato già nei primi anni '50 che la motivazione costituiva “la razionalizzazione del senso di giustizia”, ossia “una prova logica, per controllare al lume della ragione la bontà di una decisione scaturita dal sentimento” (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla motivazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/1951, 88). Nello stesso senso pare porsi altresì la riflessione di Calamandrei, il quale aveva sostenuto che l'introduzione dell'istituto della motivazione dovesse interpretarsi come uno degli ultimi portati della tendenza alla “razionalizzazione del potere”, ossia della progressiva trasformazione della pratica giudiziaria in un sistema di regole giuridiche codificate (P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 628).

¹⁷¹ Rispetto a questa ultima tendenza, Taruffo puntualizza tuttavia che la predetta ideologia ha potuto svolgere un ruolo di impulso piuttosto limitato nella formulazione di norme positive, avendo potuto attecchire solo in contesti già caratterizzati da “una situazione politica democraticamente orientata”, quale quella presente nella Francia rivoluzionaria di fine '700, dove si generò una frizione tra la nascente ideologia democratica e l'ideologia illuministica del dispotismo centralissimo e burocratico (M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile*, cit., 295).

¹⁷² G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 1/2013, 4. L'A. rammenta che, superate alcune vicissitudini che ne comportarono la temporanea abrogazione, l'obbligo di motivazione delle sentenze fu reinserito nella legislazione napoletana, confluyendo poi nella Legge organica sull'ordine giudiziario del 1817 e nel Codice del Regno delle due Sicilie, approvato nel 1819 (ID., *op. cit.*, 4-5). Autorevole dottrina ha sottolineato come tale istituto fosse stato configurato alla stregua di un rendiconto del magistrato, destinato al corpo sociale all'interno del quale il giudice si trovava ad operare (E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 187. Nello stesso senso, v. anche ID., *L'obbligo costituzionale di motivazione e*

poi trovato espressa collocazione dapprima nel codice di procedura civile del 1865¹⁷³ e successivamente nel codice di procedura penale del 1913¹⁷⁴.

Invero, se le norme del codice di procedura civile parevano sottendere una concezione dell'obbligo di motivazione di matrice *endoprocedurale*, tale da esaurire la funzione ad essa assegnata, da un lato, nell'agevolazione dell'esercizio del diritto di impugnazione riconosciuto alle parti, e dall'altro, nella semplificazione del controllo sulla decisione da parte del giudice dell'impugnazione¹⁷⁵, lo stesso non può dirsi con riferimento al processo penale. Tanto il codice di procedura del 1913, quanto quello del 1930¹⁷⁶ rivelavano infatti un'inclinazione a considerare il principio dell'obbligatorietà della motivazione come uno strumento che, transcendendo lo specifico interesse delle parti, consentiva di attuare un controllo esterno sul processo¹⁷⁷.

l'istituto della giuria, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, 448; S. EVANGELISTA, *op. utl. cit.*, 154; M. PISANI, *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *L'indice penale*, 1970, 370). Per maggiore approfondimento, v. anche ID., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 2/2007, 663 ss.

¹⁷³ Art. 360, n. 6 del primo Codice di procedura civile dell'Italia unita del 1865. A ben vedere, la Relazione Pisanelli non dedica particolare attenzione all'obbligo di motivazione, limitandosi ad affermare che "Il progetto, seguendo invece il Codice sardo, considera la redazione della sentenza come opera essenzialmente propria del giudice, salva la responsabilità del cancelliere. Il contesto della medesima fu ridotta a molta semplicità; essendo escluso tutto ciò che non sia elemento necessario a costituire una regolare decisione della causa" (Relazione di G. PISANELLI al primo libro del codice di procedura civile del 1865 in N. PICARDI, A. GIULIANI, *Codice di procedura civile del Regno d'Italia - 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, 151). Lo stesso può dirsi dei primi commentatori del codice, i quali considerarono l'obbligo di motivazione una previsione a tal punto imprescindibile da risultare quasi ovvia. (v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist., Jovene, 1965, 804 ss., 891 ss.).

¹⁷⁴ In tal senso, occorre rammentare che il nuovo codice di procedura penale fu definitivamente introdotto con il r.d. 27 febbraio 1913, n. 127. Sino a quel momento, il rito penale era infatti disciplinato dal codice del 1865, al quale si sostituì un nuovo modello di codificazione composto di 633 articoli. Per maggiore approfondimento sul codice di rito del 1913, v. il pregevole contributo di M. NATALE, *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et jus*, 3/2013, 9 ss. Per maggiore approfondimento, v. C. FINOCCHIARO APRILE, *Relazione a S. M. del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913 per l'approvazione del testo definitivo del codice di procedura penale*, Roma, Carlo Colombo, 1913, 1 ss.

¹⁷⁵ M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 442. Nello stesso senso, v. anche F. LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, voce in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, Torino, Utet, 1969, 1119.

¹⁷⁶ Artt. 148 e 474 n. 4 del Codice di procedura penale del 1930.

¹⁷⁷ E. AMODIO, *op. ult. cit.*, 186-187. L'A. ritiene che tale ricostruzione trovi conforto in almeno tre previsioni contenute nei codici del 1913 e del 1930: l'insensibilità dell'obbligo di motivazione rispetto ad ogni evento estintivo del potere di impugnazione, la sanzione della

Indubbiamente, il definitivo ampliamento del significato dell'obbligo di motivazione si realizzò quando esso venne elevato al rango di principio costituzionale. Può, infatti, affermarsi che l'art. 111 Cost. assegna alla motivazione una funzione di carattere anche *extraprocessuale*, consistente nell'assicurare la controllabilità dell'esercizio del potere giurisdizionale da parte di quello stesso soggetto nel cui nome la sentenza viene pronunciata: il popolo¹⁷⁸. Il precetto costituzionale diviene, dunque, lo strumento per realizzare un controllo esterno sul modo in cui si atteggiavano la soggezione alla legge e l'indipendenza del giudice nel concreto svolgimento dell'attività giurisdizionale, così assumendo una chiara valenza democratica¹⁷⁹.

Sulla base di tale premesse, è possibile istituire uno stretto collegamento tra l'obbligo di motivazione e l'obbligo di soggezione del giudice alla legge, giacché la legalità, sostanziale e processuale, da un lato, circoscrive e delimita l'operato del giudice, e dall'altro, rappresenta il parametro giustificativo a cui deve conformarsi la sua attività¹⁸⁰.

nullità della sentenza in ipotesi di motivazione omessa o contraddittoria, l'assenza di un esplicito collegamento normativo tra motivazione e impugnazione del provvedimento.

¹⁷⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 443-444. Nello stesso senso, v. anche E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, 453; ID., *op. ult. cit.*, 188. In quest'ultimo scritto, l'A. rileva però come in un primo momento l'obbligo di esibire i motivi della decisione fu inteso come la semplice elevazione al rango di norma costituzionale di una garanzia già presente e radicata nella legislazione ordinaria. Tale ottica riduttiva indusse, pertanto, a concepire inizialmente il dovere costituzionale di motivazione in funzione essenzialmente endoprocessuale (v. *ex multis* R. PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1959, 66 ss.).

¹⁷⁹ P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/1994, 1102. L'A., in sintonia con la dottrina maggioritaria, ritiene che tale finalità extraprocessuale sia intesa a stornare i rischi di abuso del potere giudiziario, "realizzando la «trasparenza» e la «controllabilità» esterna delle attività giurisdizionali da parte del popolo sovrano, nel cui nome la giustizia viene amministrata (art. 1, comma 2°, e 101, comma 2°)". Ad avviso di Taruffo, tale ricostruzione, sebbene in linea teorica pienamente condivisa e condivisibile, si scontra, tuttavia, con lo stile tecnico-burocratico di redazione dei provvedimenti giurisdizionali, che funge - nei fatti - da filtro dei reali destinatari della motivazione, privilegiando il ceto dei giuristi e scoraggiando, invece, il controllo diffuso dei non giuristi. Per tale ragione, l'A. stigmatizza come "largamente insoddisfacente sotto il profilo delle garanzie sancite a livello costituzionale" il modello attualmente prevalente di redazione dei provvedimenti giudiziari (M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza*, cit., 464-467).

¹⁸⁰ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *La Giustizia penale*, 10/2011, 260-262. Invero, l'A. denuncia - con particolare riguardo alla materia penale - il progressivo smottamento della portata percettiva dell'art. 101, co. 2, Cost., provocato da una giurisprudenza sempre più creativa, che sembra ambire a porsi come "meta-fonte del diritto, non sempre complementare alla legge, spesso concorrenziale ad essa, quando non addirittura conflittuale". Evidentemente, tale devianza,

Per altro verso, vi è chi ha rilevato che l'esigenza di controllabilità dischiusa dall'obbligo di motivazione riflette altresì la natura cognitiva del giudizio, connotando tutta quella tradizione giuridica che - come si è visto - individua nella razionalità del ragionamento giuridico il paradigma dell'attività giurisdizionale¹⁸¹. La funzione cui tende la motivazione consiste, infatti, nell'addurre ragioni idonee a giustificare la decisione, giacché il controllo investe non già "ciò che il giudice ha pensato", bensì la validità e la fondatezza delle ragioni esibite per rendere razionalmente accettabile la decisione¹⁸². Appare, pertanto, evidente il vincolo biunivoco che intercorre tra razionalità del ragionamento giudiziario e obbligo di motivazione, giacché, se è vero che le argomentazioni giustificative impiegate dai giudici nella parte motiva della sentenza costituiscano esempi di "razionalità imperfetta"¹⁸³, altrettanto vero è che non può ammettersi alcun arretramento del dovere del giudice di esibire la razionalità delle ragioni poste a fondamento della propria decisione.

Quanto sinora illustrato induce, pertanto, a sottolineare quanto la cultura giuridica di riferimento influenzi la concezione di ciò che costituisce un buon argomento giustificativo di una decisione giudiziaria, la quale diventa così la lente

peraltro registrata dalla dottrina in modo trasversale, si riverbera sulla funzione stessa della motivazione, poiché, nel momento in cui il testo della legge perde il proprio carattere vincolante, anche la motivazione perde quantomeno "la sua strumentalità al controllo *endoprocedurale* della decisione impugnata" (ID., *op. cit.*, 268-271).

¹⁸¹ F. GIUNTA, *op. cit.*, 260. Nello stesso senso si pongono - come si è visto - le riflessioni di TARUFFO, il quale evidenzia il ruolo di garanzia della razionalità insito nell'impiego della giustificazione, soprattutto laddove la decisione presenti elementi di creatività e di discrezionalità (M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, cit., 28-29).

¹⁸² M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità*, cit., 150-153. Secondo l'A., ciò consente di smentire la tesi diffusa, avallata peraltro anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui la motivazione rappresenterebbe una sorta di resoconto del percorso logico-psicologico seguito dal giudice per giungere alla soluzione del caso prospettato. La motivazione deve, piuttosto, strutturarsi in modo tale da giustificare la decisione adottata, soprattutto per quanto concerne l'attendibilità del giudizio di fatto. In questo senso, la narrazione del giudice si presenta piuttosto come una rete ordinata di inferenze, finalizzata a giustificare gli enunciati relativi ai fatti principali della causa e caratterizzata da una pretesa di verità, nel senso precisato nei paragrafi precedenti. Seguendo tale impostazione teorica, l'A. giunge conseguentemente ad affermare che "ciò che non può essere espresso e giustificato con argomenti razionali non può essere considerato come rilevante ai fini della decisione", giacché occorre esplicitare le ragioni per cui si ritiene che un determinato enunciato inferenziale sia vero o falso (M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., 261-269).

¹⁸³ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge*, cit., 105 ss. Per maggiore approfondimento sul tema dell'imperfezione del ragionamento giudiziario, v. anche l'interessante monografia di C. BONA, *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, Il mulino, 2010, 173 ss.

prismatica dell'intero sistema del diritto “con le sue regole, i suoi valori, le sue contraddizioni, le sue lacune e le sue trasformazioni”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità*, cit., 153.

CAPITOLO TERZO

LA VALUTAZIONE DELLA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO ORDINARIO

1. Premessa introduttiva. 2. L'ingresso della scienza nel processo: una "cattiva maestra"? 3. Le insidie della prova scientifica: modelli processuali ed euristici a confronto. 4. La valutazione della prova scientifica nel processo penale italiano. 5. La valutazione della prova scientifica nel processo civile italiano

1. Premessa introduttiva

Le riflessioni svolte nei capitoli precedenti, intese – come si è visto – a delineare da un lato lo statuto costituzionale del potere giudiziario e dall'altro a rappresentare la complessità dell'attività giurisdizionale nel suo momento attuativo, trovano ora applicazione e sintesi nell'indagine del fenomeno che ha costituito l'idea generatrice e strutturante della presente trattazione: il rapporto tra il giudice e la scienza.

Si tratta, come è noto, di un tema controverso e proteiforme, che interseca trasversalmente molteplici aree del sapere giuridico, inevitabilmente attinte – seppur con modalità e intensità differenti – dal sapere tecnico-scientifico. Né potrebbe essere diversamente, giacché il diritto, proprio in quanto prodotto dell'uomo, rifrange le innovazioni, i mutamenti e le contraddizioni che attraversano la società nel quale esso vive.

Evidentemente, la tematica in parola si colloca all'interno della più ampia cornice del rapporto tra diritto e scienza, che investe *in primis* il ruolo del legislatore, il quale, al fine di adempiere compiutamente alla propria funzione di costruzione della *regola iuris*, ha costantemente fatto ricorso a categorie, clausole e soprattutto leggi di copertura di natura extragiuridica, afferenti cioè ai diversi rami del sapere tecnico-scientifico cui il diritto attinge per identificare e definire la realtà che ne forma l'oggetto¹.

¹ Particolarmente indicativa si rivela, in tal senso, la sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 1981, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del reato di plagio. In quella occasione, il giudice delle leggi ha, difatti, ritenuto che la nozione di "plagio", impiegata dal legislatore nell'art. 603 c.p., non fosse sufficientemente determinata, poiché la scienza medica non era ancora giunta alla fissazione di criteri che consentissero di accertarne la sussistenza in modo attendibile e incontrovertibile. Tale incertezza scientifica impediva di circoscrivere in modo

Se questo è vero, occorre in ogni caso evidenziare che nel corso degli ultimi decenni la rapidità del progresso tecnico-scientifico ha accresciuto sensibilmente il rilievo delle *scientific questions* nelle sedi di regolazione giuridica, imponendo al diritto di allinearsi alla progressiva espansione dei confini del reale e del possibile². Si pensi, ad esempio, ai temi della bioetica e delle biotecnologie³, che rappresentano indubbiamente alcune delle frontiere della riflessione giuridica odierna e formano l'oggetto di vicende giurisprudenziali controverse e altamente divisive. In tal senso, le elevate aspettative riposte negli organi giurisdizionali debbono parzialmente imputarsi alle difficoltà mostrate dal legislatore nella regolamentazione delle questioni scientifiche, difficoltà che – in certo modo – hanno costretto le corti a supplire

puntuale l'ambito di operatività della norma in esame, consegnando dunque nelle mani del giudice il compito di stabilire di volta in volta se l'attività psichica svolta sul soggetto debole fosse riconducibile nell'alveo di operatività della predetta norma incriminatrice. Queste le parole della Corte: "La scienza medica ha accuratamente indagato intorno alla formazione e al meccanismo della persuasione, della suggestione e della soggezione psichica. [...] Ma è estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche - con riguardo ad ipotesi come quella in esame - l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione. Non vi sono criteri sicuri per separare e qualificare l'una e l'altra attività e per accertare l'esatto confine fra esse. [...] L'accertamento se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice. Infatti in applicazione dell'art. 603 qualunque normale rapporto sia amoroso, sia di professione religiosa, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, se sorretto da un'aderenza cieca e totale di un soggetto ad un altro soggetto e sia considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio. Anche sotto questi profili risulta pertanto l'indeterminatezza della norma e della sua interpretazione". All'esito di tali considerazioni, la Corte costituzionale dichiarò illegittimo l'art. 603 c.p. per contrasto con il principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale, consacrato nell'art. 25 Cost., giacché la formulazione letterale della norma *de qua* prevedeva un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato, non essendo né individuabili né accertabili le attività capaci di ridurre una persona in stato di totale soggezione. Per maggiore approfondimento, v. i commenti di P. G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 808 ss.; M. BOSCARELLI, *A proposito del "principio di tassatività"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 1147 ss.

² Secondo Tallacchini, se è vero che la componente tecnica rappresenta sempre maggiormente il contenuto cognitivo delle norme, altrettanto vero è che si assiste ad un'amplificazione dei casi in cui il diritto è chiamato a colmare lacune conoscitive, stante l'incertezza e l'insufficienza del dato scientifico (M. TALLACCHINI, *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea*, in *Notizie di POLITEIA*, XVII, 62, 2001, 7).

³ Per maggiore approfondimento su tali tematiche, v. *infra* capitolo 5.

all'inerzia legislativa mediante la loro propria elaborazione giurisprudenziale al fine di non lasciare sprovvista di tutela una molteplicità di situazioni giuridiche soggettive⁴.

Quanto detto introduce, dunque, uno specifico attore nella cornice sinora tratteggiata: il giudice. L'operato degli organi giurisdizionali appare, infatti, sempre maggiormente inciso e condizionato dal dato scientifico, la cui corretta ricostruzione in sede processuale costituisce spesso il nodo cruciale intorno al quale si radica l'attività difensiva di entrambe le parti. È appena il caso di rammentare che il giudice è spesso costretto a confrontarsi con un sapere extragiuridico che riesce con fatica a padroneggiare, tanto da rivelarsi quasi sempre imprescindibile il ricorso alla consulenza tecnica in sede civile o alla perizia in sede penale al fine di evitare l'infrazione del divieto di *non liquet*, nonché la violazione del divieto di scienza privata del giudice. Evidentemente, nel momento in cui la sorte della controversia viene in larga parte affidata agli esiti delle indagini peritali, il rischio che il momento intimamente decisionale venga trasferito dal giudice all'esperto aumenta sensibilmente, salvo non voler restaurare il tralatizio dogma del *iudex peritus peritorum*, il quale – come si vedrà nel corso della trattazione – non può essere accolto nel suo valore semantico originario, quello cioè di un giudice ontologicamente autosufficiente.

Ciò premesso, il presente capitolo si propone di esaminare come si atteggi il rapporto tra il giudice e il sapere scientifico nell'ambito della giurisdizione ordinaria, assumendo lo specifico angolo visuale della valutazione della prova scientifica quale paradigma dell'interazione sinora sommariamente tratteggiata.

⁴ Secondo Santosuosso, il carattere non contingente del “blocco legislativo” nella regolazione delle questioni scientifiche costringe il potere giudiziario a supplire a tale inerzia: la giurisprudenza diviene così “un laboratorio concorrente di elaborazione e studio in campi nei quali ancora (e non si sa fino a quando) non sia disponibile una chiara strategia razionale” (A. SANTOSUOSSO, *Giudici senza leggi: rimedio o nuova prospettiva?*, in *Notizie di POLITEIA*, XVIII, 65, 2002, 10). In tal guisa, l'A. sollecita una maggiore collaborazione tra scienziati e giuristi, che consenta a quest'ultimi di accrescere le proprie competenze scientifiche; tale obiettivo potrebbe essere realizzato mediante la creazione di momenti di incontro e formazione tra le due categorie professionali, non solo a livello nazionale, ma anche a livello sovranazionale (ID., *op. cit.*, 24).

2. L'ingresso della scienza nel processo: una "cattiva maestra"?

Ci è piaciuto riecheggiare nel titolo del paragrafo l'icastica espressione di Caprioli⁵, il quale ha contribuito senz'altro ad animare la copiosa letteratura sulla prova scientifica con specifico riferimento al processo penale.

Prima di inoltrarci però all'interno del dibattito, occorre svolgere una considerazione preliminare, tanto ovvia quanto decisiva ai fini dell'individuazione dello sfondo cognitivo sul quale si agitano le questioni che formeranno oggetto dei successivi paragrafi. Non può, infatti, dimenticarsi che l'incalzante incedere delle conoscenze in materia scientifica rende alquanto arduo il compito del giudice, il quale, possedendo una formazione prevalentemente umanistica, è spesso chiamato a risolvere questioni che esulano nettamente dalla propria formazione tecnica⁶. Né, in questo senso, può ritenersi risolutivo il ricorso al senso comune e alle massime di esperienza, che forniscono – come si è visto nel capitolo precedente – paradigmi euristici piuttosto limitati, spesso inidonei a dirimere e a superare le intricate questioni probatorie poste da controversie ad elevata complessità scientifica.

Invero, proprio a fronte dello stato di "legittima ignoranza"⁷ in cui versa il giudice, l'ordinamento processuale ha previsto mezzi appositi per introdurre nell'agone processuale quelle cognizioni specialistiche non altrimenti reperibili: la perizia e la consulenza tecnica. Ad avviso di chi scrive, tali istituti non consentono, tuttavia, di rimuovere integralmente l'*impasse* sopra prospettata, poiché il giudice dovrà in ogni

⁵ F. CAPRIOLI, *La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 9, 2008, 3520 ss.

⁶ In tal senso, v. *ex multis*, L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it.*, 7/2007, 2. Secondo l'A., la posizione del giudice risulta peraltro ulteriormente aggravata dalle plurime lacune normative che affettano taluni settori delle applicazioni biomediche, le quali impongono all'interprete uno sforzo ermeneutico potenziato stante al fine garantire adeguata tutela a coloro che lamentano un pregiudizio della propria posizioni giuridica soggettiva.

⁷ Cass. pen., V sez., n. 36080/2015 (Pres. Marasca, Est. Bruno). Così si legge, infatti, alle pagine 33 e 34 della predetta pronuncia: "La conseguenza dell'ineludibile presa d'atto di tale stato di *legittima* ignoranza del giudice, e dunque della sua incapacità di governare "autonomamente" la prova scientifica, non può, però, essere l'acritico affidamento, che equivarrebbe – anche per un malinteso senso del libero convincimento e di altrettanto malinteso concetto di "perito dei periti" – a sostanziale rinuncia al proprio ruolo, mediante fideistica accettazione del contributo peritale, cui delegare la soluzione del giudizio e, dunque, la responsabilità della decisione". Per maggiore approfondimento sul ruolo del giudice penale dinanzi alla prova scientifica, v. *infra* paragrafo 4.

caso sottoporre ad un vaglio critico gli esiti delle indagini peritali, pur rimanendo sprovvisto di competenze specialistiche. *Quid iuris?*

Senza qui anticipare tutte le riflessioni che si vorrebbero svolgere nel prosieguo della trattazione, preme in questa sede rilevare che il pericolo che il giudice si trasformi in un consumatore passivo degli apporti tecnico-scientifici provenienti dalle parti non è affatto trascurabile, di talché occorrerà svolgere un'indagine ad ampio spettro per tentare di individuare una soluzione convincente alle serie problematiche che il tema in esame solleva.

A ben vedere, uno dei primi autori che si occupa in maniera specifica dell'impatto della scienza nelle decisioni giudiziarie è Stella, il quale, agli inizi degli anni duemila⁸, svolge un'attenta riflessione intorno al ruolo che l'incertezza scientifica riveste nell'attività giudiziaria⁹, sempre più spesso chiamata a confrontarsi con un sapere extragiuridico mutevole e incerto. I medesimi rilievi vengono formulati – pressoché nello stesso periodo – da Silvestri, che invita a riflettere sulla posizione peculiare dei giudici di fronte all'incertezza della conoscenza scientifica, la quale, pur rendendo più difficile il lavoro del giudicante, “non implica logicamente che non esista e non possa esistere una verità oggettiva, ma solo che non esistono metodi incontrovertibili per essere sicuri che le nostre teorie corrispondono ad essa”¹⁰. Difatti, se è vero che i contributi peritali mediante i quali la scienza entra nell'agone processuale sono sottoposti ad un incessante processo di “decostruzione” e di “ricostruzione” attraverso la tecnica del contraddittorio, altrettanto vero è che, in ogni caso, la scienza non fornisce criteri univoci, oggettivi e razionali che consentano di

⁸ Il riferimento è all'opera “*Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*”, la quale conobbe tre diverse edizioni nel giro di pochissimi anni (I ed., 2001; II ed., 2002; III ed., 2003), a testimonianza del particolare interesse scientifico che essa suscitò in letteratura e della “naturale incompiutezza” di una monografia che si propone di indagare il ruolo del diritto penale nell'epoca moderna. Si segnala, a tal proposito, la recensione che dedicò a detta monografia Consolo, il quale, pur non condividendo integralmente alcune opzioni dogmatiche dell'opera, riservò parole lusinghiere all'accurato e pregevole lavoro dell'amico (C. CONSOLO, *Al «cuore» dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2004, 1535 ss.).

⁹ L'A. ritiene che l'incertezza scientifica, che investe non solo il perimetro delle sostanze tossiche, estendendosi a tutta la scienza, sia connessa, da un lato, alla mutabilità del sapere scientifico e, dall'altro, ai limiti che essa incontra (F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003, III ed., 431-435).

¹⁰ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 415.

affermare la bontà e l'affidabilità di questa o di quella ipotesi, cosicché finisce per incombere sul giudice il compito di determinare la regola giuridica funzionale all'individuazione dell'ipotesi scientifica maggiormente affidabile¹¹. Ad avviso di Stella, ciò rende “ineludibile una riflessione sul fondamento della conoscenza scientifica, sul metodo scientifico, sui criteri – se ve ne sono – desumibili dal metodo scientifico, che consentono di formulare un giudizio di affidabilità o inaffidabilità di un'ipotesi”, soprattutto nell'ottica di determinare le regole della causalità generale¹².

Come noto, fino alla metà del XIX secolo, gli stessi scienziati non dubitavano affatto della capacità della scienza di conquistare e disvelare una verità assoluta, in ossequio ad una concezione giustificazionista del sapere scientifico cara ai circoli neo-positivisti¹³. Invero, siffatta impostazione mostrò i primi segnali di cedimento allorché il dibattito epistemologico sviluppatosi nel Novecento iniziò a postulare l'inattingibilità di una verità assoluta, denunciando – pur senza disconoscerne gli innegabili progressi – la “crisi della scienza”¹⁴. In tal senso, deve indubbiamente ascriversi a Popper il merito di aver determinato il passaggio dalla dottrina verificazionista a quella falsificazionista, giacché fu proprio il filosofo tedesco ad avanzare l'idea di ammettere nel dominio della scienza empirica anche asserzioni non verificabili. Secondo la sua teorizzazione, il criterio di demarcazione tra scienza e non scienza risiede infatti non già nella verificabilità, bensì nella falsificabilità dell'ipotesi

¹¹ Vedi *infra* per maggiore approfondimento.

¹² F. STELLA, *op. cit.*, 437. In tal senso, occorre rilevare che la dottrina sulla causalità elaborata da Stella fu, senza alcun dubbio, lo sfondo teorico sul quale si proiettò la nota sentenza Franzese (Cass. pen. S.U. n. 30328/2002, Pres. Marvulli, Est. Canzio), alla quale sarà dedicata una specifica riflessione nel paragrafo 4. Si rinvia parimenti ai paragrafi successivi per l'esame della giurisprudenza, italiana e straniera, sui canoni di valutazione delle prove scientifiche. Sul rapporto tra processo penale e metodo scientifico, v. anche P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 6/2008, 12 ss.

¹³ G. GIORELLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Critica e crescita della conoscenza*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1976, 9.

¹⁴ G. GIORELLO, *op. cit.*, 10 ss. Si segnala, in questo senso, la teoria della conferma, secondo la quale è sufficiente un solo controesempio perché l'ipotesi debba essere considerata non confermata. Essa rappresenta una versione – per così dire – raffinata della dottrina giustificazionista, i cui maggiori teorizzatori furono, oltre ai giudici americani, Carnap e Hempel. Per maggiore approfondimento, v. R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica: introduzione alla filosofia della scienza*, trad. it., II ed., Milano, Il Saggiatore, 1982; C. G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, II. ed., Bologna, Il Mulino, 1980.

scientifica considerata, poiché la scienza, in quanto attività umana, è irrimediabilmente fallibile¹⁵.

Ciò induce dunque a ritenere che la miglior teoria scientifica da trasfondere nel processo è quella perfezionata per tentativi di successive smentite, poiché, come scrive Albert Einstein, “nessuna sperimentazione può dimostrare che io abbia ragione; un singolo esperimento può dimostrare che ho torto”¹⁶. Si assiste, pertanto, alla caduta del dogma secondo cui l’ingresso della scienza nel processo produrrebbe un’automatica approssimazione verso un paradigma di certezza, giacché anche il sapere scientifico si caratterizza per la provvisorietà dei risultati raggiunti, veri finché non falsificati¹⁷.

Ma vi è di più. Occorre, infatti, sottolineare che l’attività percettiva implica spesso la formulazione di giudizi di valore, posto che anche la conoscenza empirica viene filtrata - almeno in parte - dal contesto e dalla prospettiva di indagine prescelta dallo scienziato¹⁸.

Dinanzi a queste nuove dinamiche processuali, occorre dunque scongiurare il pericolo di due potenziali distorsioni: da un lato, quella di introdurre nel processo la

¹⁵ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, Einaudi, 1970, 21 ss. Secondo l’A., se è vero che la storia della scienza è un cimitero di teorie errate, altrettanto vero è che il progresso scientifico può essere garantito solo dal metodo “per tentativi ed errori” o “per congetture e confutazioni”. In questo senso, il mito della verità scientifica conserva per l’appunto il valore di un mito, cioè di una falsa storia (ID., *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*, Roma, Armando, 1975, 468 ss.). Nel medesimo senso, la dottrina più recente ha correttamente puntualizzato che la validità della regola scientifica “deriva non solo dalla validità [...] dei criteri o protocolli di verifica, ma dall’effettivo superamento dell’insieme di prove di falsificazione che questi contengono” (A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 142/2003, 18).

¹⁶ La citazione di Einstein è tratta da L. DE CATALDO NEUBURGER, *Prova dichiarativa e prova scientifica: dalla marginalità della prima ad una nuova prova “regina”*, in M. MONTAGNA (a cura di), *L’assassinio di Meredith Kercher: anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 2012, 208.

¹⁷ S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Diritto penale e processo*, 11/2010, 1345. In tal senso, v. anche Silvestri, il quale invita ad abbandonare ogni atteggiamento di fideistica fiducia nella infallibilità della scienza, evidenziando che “La fallacia del senso comune trova simmetrica corrispondenza nella fiducia ingenua nell’esattezza della scienza” (G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 415). Accedendo alla tesi della neutralità e della oggettività della scienza, si perverrebbe, infatti, ad una conclusione sconfessata dai fatti e dunque inveritiera, posto che ad oggi la maggior parte dei processi ad alta complessità fattuale e ad elevata densità assiologica sono costruiti su indagini peritali che spesso avvalorano ricostruzioni tra loro diametralmente opposte, tra le quali il giudice riesce a districarsi con fatica.

¹⁸ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2007, 40.

cosiddetta *junk science*, ossia una cattiva scienza, in grado di alterare e di corrompere la corretta ricostruzione dei fatti¹⁹; dall'altro, quello di una deriva scienziata, che riduca il processo ad un "laboratorio scientifico, affidato ad asettici operatori in camice bianco"²⁰. Assecondare questa seconda tendenza significherebbe accettare consapevolmente che il sapere degli esperti si sostituisca a quello dei giudici. Ciò determinerebbe una pericolosa confusione tra due piani differenti: da una parte, quello del sapere scientifico, che si risolve in un atto di tipo cognitivo; dall'altra, quello del sapere giurisdizionale, che si traduce in un atto dotato di forza giuridica vincolante e potenzialmente idoneo ad incidere finanche sulla libertà personale del singolo.

Posta dunque l'incertezza che affetta il metodo scientifico, si pone un ineludibile interrogativo di fondo: quali criteri e quali metodologie dovrà impiegare il giudice per valutare l'operato degli scienziati?²¹ In tal senso, una delle soluzioni avanzate nella letteratura americana – e precisamente da Jasanoff – affida al giudice il compito della "costruzione giuridica della scienza", da compiersi mediante l'impiego delle regole giuridiche del processo civile e penale²². Deve, infatti, rilevarsi che le intersezioni tra

¹⁹ In relazione a tale problema, deve forse segnalarsi una disattenzione del legislatore, che non si è affatto preoccupato di elaborare criteri rigorosi per la scelta di periti e consulenti tecnici, ossia quegli esperti a cui è delegato l'onere di introdurre la conoscenza scientifica nel processo. L'art. 221, comma 1, c.p.p. afferma, infatti, che «Il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina», affidando la selezione del perito ad un rapporto di conoscenza – spesso meramente occasionale – tra giudice e perito. Per maggiore approfondimento sul punto, si rinvia ai recenti contributi di A. BONSIGNORE, F. DE STEFANO, C. VIAZZI, *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1/2016, 285 ss.; F. AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2016, 461 ss. Secondo quest'ultimo A., la predetta criticità – che affetta in egual misura anche il processo civile – induce a ritenere che se il metodo del contraddittorio è la scienza del processo, allora la designazione dell'esperto dovrebbe essere la risultante dell'incontro delle volontà del giudice e delle parti. Difatti, proprio a fronte dell'intima connessione tra prova scientifica e contraddittorio, «solo una scelta dibattuta e, dunque, *ab origine* esposta al sistema di confutazione della attendibilità o credibilità della scala di valori e competenze che il soggetto designato riassume può assicurare i benefici economici e sociali del dovuto ingresso del sapere tecnico-scientifico nel processo» (F. AULETTA, *op. cit.*, 474).

²⁰ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, 128.

²¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 457. L'A. si chiede, cioè, come possa il giudice procedere a valutare gli apporti scientifici a fronte dell'assenza di un metodo ritenuto universalmente valido sul piano scientifico.

²² S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2001, 42-43. L'A. propone una concezione dinamica e costruttivista del rapporto tra il diritto e la scienza, i quali, definendosi reciprocamente, debbono

scienza e diritto sono state oggetto di attenti studi nella letteratura scientifica americana, la quale, pur essendosi rapportata – come è naturale – alle dinamiche di un sistema giuridico di *common law*, rappresenta l’imprescindibile punto di avvio della presente riflessione.

A ben vedere, le critiche rivolte all’impiego della scienza e della tecnologia nel processo hanno determinato la formazione di due distinti orientamenti dottrinali, i quali dominano tuttora la percezione del contrasto tra scienza e diritto nella società americana²³. Il primo, relativo alla “scienza nella politica”, ha formulato proposte per migliorare le modalità di accesso e di utilizzo della scienza nel processo, suggerendo di intervenire sulle regole di selezione dei periti, di organizzare corsi di istruzione per i giudici e per la giuria, nonché di modificare gli standard probatori laddove vengano in considerazione dati tecnico-scientifici²⁴. Il secondo, concernente la “politica per la scienza”, ha invece stigmatizzato l’inidoneità della decisione giudiziaria allo svolgimento di una funzione regolativa della tecnologia, stante, da un lato, l’assenza dell’autorità necessaria per esprimere linee di politica tecnologica, e dall’altro, in considerazione degli intrinseci limiti dell’attività giurisdizionale, deputata alla risoluzione di casi specifici appartenenti ad una dimensione passata²⁵.

essere collocati all’interno di uno schema cognitivo di tipo cooperativo, non già antagonista. In tal senso, la Jasanoff ritiene che le corti possano svolgere efficacemente un ruolo di decostruzione dell’autorità degli esperti, consentendo di portare alla luce i valori e i pregiudizi che si celano dietro a molte delle affermazioni scientifiche compiute dagli esperti. Il ragionamento appare peraltro reversibile, poiché – ad avviso dell’A. – anche i giudici dovrebbero depurare le proprie decisioni da quei preconcetti nei riguardi del progresso scientifico-tecnologico, che spesso condizionano il loro ragionamento giuridico. Parallelamente, la Jasanoff sostiene che le corti dovrebbero, da un lato, concorrere alla “costruzione di una cultura civica nei riguardi della scienza e della società” e, dall’altro, impegnarsi nell’assicurare una tutela effettiva ai cittadini lesi nelle proprie posizioni giuridiche (ID., *op. cit.*, 43-44).

²³ R. GILPIN, C. WRIGHT, *Scientists and National Policy-Making*, New York, Columbia University Press, 1964, 76.

²⁴ S. JASANOFF, *op. cit.*, 17. In tal senso, parte della dottrina ritiene che proprio la mancanza di una seppur minima formazione scientifica da parte dei giudici cagioni il riversamento all’interno del processo della cosiddetta *junk science*, la quale, coniugata alle dinamiche manipolatorie del processo accusatorio, allontana ogni ideale di ricerca della verità e della giustizia (D. E. KOSHLAND, *Scientific Evidence in Court*, in *Science*, 266, 1994, 1787). Si deve, in particolare all’avvocato Huber la locuzione “junk science”, originariamente impiegata per stigmatizzare l’incapacità delle corti di distinguere tra le correnti minoritarie e quelle ufficiali della scienza. (P. HUBER, *Galileo’s Revenge: Junk Science in the Courtrooms*, New York, Basic Books, 1991).

²⁵ S. JASANOFF, *op. cit.*, 18-19. Secondo l’A., le due concezioni sopra prospettate convergono su un punto, muovendo entrambe dal presupposto che la scienza sia provvista di un proprio

Indubbiamente, superando per un attimo la rigidità delle suesposte prospettazioni, occorre prendere atto che le corti sono oramai irrimediabilmente chiamate a partecipare ad “un processo interattivo di cambiamento sociale e tecnologico”²⁶, che le colloca al crocevia del processo di reciproca integrazione tra scienza e diritto. Si tratta di un ruolo nient’affatto agevole, soprattutto se si considera che la dicotomia tra sapere giuridico e sapere scientifico viene spesso prospettata in termini fortemente antagonisti: se, da un canto, il dominio del diritto rimanderebbe ad una dimensione di particolarità e di dipendenza da un preciso contesto, dall’altro, il dominio della scienza evocherebbe, invece, un’immagine di assolutezza e di generale validità.

Invero, è proprio su quest’ultimo assunto che si appuntano le riflessioni critiche di Jasanoff, la quale invita ad abbandonare l’ideale di una scienza avalutativa, neutrale e certa²⁷, sottolineando invece come nelle corti americane la scienza venga prodotta “secondo regole retoriche e processuali rigorosamente definite, in presenza di condizionamenti economici e sociali inevitabili, per servire strategie normative

meccanismo di convalida e di controllo del tutto distinto e autonomo rispetto alle regole che sovrintendono l’accertamento dei fatti che si svolge nel processo. Di qui l’impegno a trasfondere nelle decisioni legali una “buona scienza”, che dovrebbe di conseguenza assicurare il rispetto di un paradigma di razionalità “intrinseca”. Invero, l’A. appare piuttosto scettica in ordine alla attendibilità e alla fondatezza di una simile ricostruzione, che a suo avviso sovrastima la capacità degli esperti di rendere razionali le scelte assunte in materia scientifica (ID., *op. cit.*, 19-20).

²⁶ S. JASANOFF, *op. cit.*, 42. L’A. ritiene che l’analisi del dato giurisprudenziale rifletta “i modi imprevedibili in cui gli sviluppi scientifici e tecnologici incidono su relazioni sociali consolidate, sollecitando il sistema giuridico a ridefinire diritti e doveri”. Tale consapevolezza induce l’A. a proporre una concezione dinamica e costruttivista del rapporto tra il diritto e la scienza, i quali, definendosi reciprocamente, debbono essere collocati all’interno di uno schema cognitivo di tipo cooperativo, non già antagonista.

²⁷ Lo stesso monito proviene da Silvestri, che esorta a superare “il timore reverenziale per l’autorità della scienza”, la quale “non è mai assoluta e oggettiva, ma sempre recepita dal giudice in una prospettiva di tutela assiologicamente orientata” (G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 435). Ad avviso del costituzionalista, “L’illusione che la scientificità della prova possa portare all’avvento di una stagione del «rigore», da contrapporre a quella del «sentimento», potrebbe portare ad una legislazione processuale basata sulla credenza della neutralità della tecnica” (ID., *op. cit.*, 420), cioè a quello che Denti chiama “una sorta di autoritarismo processuale moderno di tipo tecnocratico” (V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1972, 435). Nello stesso v. anche Tallacchini, la quale rileva che la regolazione giuridica della scienza è stata per lungo tempo caratterizzata da “un apparente tecnicismo, giustificato da un’epistemologia dell’oggettività e della reciproca neutralità tra scienza e diritto” (M. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in *Notizie di POLITEIA*, XVIII, 65, 2002, 126).

ampiamenti divergenti che le parti adottano²⁸. Le critiche della giurista americana si rivolgono, in particolare, all'istituto della testimonianza peritale²⁹ – definita provocatoriamente “una merce come un'altra” – la cui valenza probatoria dipende non già dall'autorevolezza scientifica dell'esperto che la rende, bensì dalle abilità retoriche e persuasive dello stesso, così incoraggiato – laddove abbia dimostrato significative capacità di successo – a svolgere professionalmente la funzione di *expert witness*³⁰.

Senza dubbio, una simile mercificazione del sapere scientifico appare – per così dire – agevolata dal sistema processuale *adversary*, il quale, essendo imperniato su una logica fortemente oppositiva, lascia residuare in capo al giudice solo la decisione sull'ammissibilità o meno delle prove secondo il diritto³¹, premiando gli interessi, l'abilità e le risorse della parte capace di assicurarsi la testimonianza peritale maggiormente convincente³². Tale scenario – per nulla tranquillizzante – induce la Jasanoff a suggerire alcune strategie politicamente sostenibili intese ad arginare le distorsioni sopra prospettate: da un lato, sarebbe ragionevole avviare un progetto teso a migliorare l'istruzione dei giudici, dall'altro, parrebbe opportuno rendere familiari gli esperti con gli scopi del procedimento giuridico e con gli standard impiegati nel processo per accertare la veridicità delle asserzioni formulate³³.

²⁸ S. JASANOFF, *op. cit.*, 121-122.

²⁹ Si tratta dell'istituto della “Testimony by Expert Witnesses”, disciplinato dalla *Rule 702* delle *Federal Rules of Evidence*, secondo la quale “A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.”

³⁰ S. JASANOFF, *op. cit.*, 86. L'A. denuncia i “calcoli commerciali” che regolano il ricorso alle perizie, le quali solitamente vengono “acquistate” di volta in volta in relazione alla singola causa. Evidentemente, maggiori sono le risorse che una parte è in grado di azionare, maggiori sono le probabilità di successo di cui disporrà. Nondimeno, anche gli studi legali che trattano casi di routine ricorrono abitualmente alle testimonianze peritali, avvalendosi dell'intermediazione di broker specializzati nell'individuare l'esperto opportuno per ogni tipologia di processo (ID., *op. cit.*, 85).

³¹ Per un ampio approfondimento sul punto, v. *infra* paragrafo 3.

³² S. JASANOFF, *op. cit.*, 83-84. Secondo l'A., nel sistema di *common law* il giudice è chiamato a confrontarsi con due rappresentazioni delle realtà, quella dell'attore e quella del convenuto, entrambe fondate sul sapere di esperti nient'affatto neutrali, in quanto pagati per orientare la propria testimonianza in senso favorevole al proprio “committente”.

³³ S. JASANOFF, *op. cit.*, 122.

Raccogliendo le suggestioni provenienti dalla letteratura americana, anche la più attenta dottrina italiana suggerisce di considerare il linguaggio scientifico come “un linguaggio influente in dialogo con altri linguaggi”: all’interno di tale dinamica, il diritto ben potrebbe svolgere una funzione di mediazione tra le diverse istanze, così da garantire una trasparente e democratica co-produzione tra scienza e diritto, basata non già su autoritarie certezze, bensì sulla negoziazione, sulla sistemazione e sulla sedimentazione di significati scientifico-giuridici³⁴.

3. Le insidie della prova scientifica: modelli processuali ed euristici a confronto

Se dunque questo è il ricco dibattito entro il quale si colloca il controverso rapporto tra giudice e sapere scientifico, si è scelto – come anticipato in premessa – di declinare il tema in esame assumendo come specifico campo d’indagine quello della prova scientifica, la quale interseca trasversalmente – seppure con modalità e intensità differenti – tanto il processo penale quanto il processo civile.

Prima di procedere alla ricostruzione dell’evoluzione giurisprudenziale sulla prova scientifica, si vorrebbe dedicare qualche riflessione al contesto processuale ed epistemologico in cui essa viene originariamente in rilievo, ossia l’esperienza americana dell’*adversary system*. Ciò al fine di cogliere, dal punto di vista processuale e sostanziale, la profonda differenza intercorrente tra il modello di *common law* e quello di *civil law*, che giustifica il diverso ruolo esercitato dal giudice nei due ordinamenti giuridici. Come accennato all’inizio del presente lavoro, il tema della prova scientifica si è posto in tutta la sua complessità e problematicità negli Stati Uniti a partire dagli

³⁴ M. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza*, cit., 128-130. L’A. assume come *case study* la definizione di morte cerebrale, mostrando di condividere la prospettiva pluralistica sulla morte accolta dal New Jersey e dal Giappone, i quali riconoscono agli individui un “diritto di ‘obiezione alla morte cerebrale’”, ossia il diritto di rifiutare la nozione di morte cerebrale stabilita dalla scienza, a fronte di condizioni di incertezza scientifica, di stratificazione dei significati connessi al corpo e di incidenza su un diritto soggettivo. Ad avviso dell’A., siffatta tendenza rappresenta “un sintomo evidente di cambiamenti in atto nell’implementazione sociale della scienza” (ID., *op. cit.*, 129-130). Secondo l’A., un caso interessante e fortemente indicativo dell’interazione tra diritto e scienza è, altresì, rappresentato dalla regolamentazione europea del principio di precauzione, la quale – come noto – prevede che gli spazi di incertezza scientifica vengano colmati con misure di tutela dei cittadini. L’A. ritiene che tale scelta normativa rechi in sé “il passaggio da una visione acritica del sapere scientifico, assunto come oggettivo e scevro da incertezze, a una posizione consapevole della non neutralità delle proposizioni scientifiche” (ID., *Politica della scienza e diritto*, cit., 13).

anni Venti del secolo scorso, rappresentando un vero e proprio *leitmotiv* nella letteratura scientifica in materia di prove.

Occorre, sin da subito, evidenziare che nel sistema processuale statunitense gli esperti ricoprono il ruolo di *expert witnesses*, svolgendo un'attività di carattere professionale che spesso costituisce la loro principale fonte di remunerazione³⁵. Evidentemente, ciò determina un forte pericolo di manipolazione della conoscenza scientifica, giacché essi, essendo remunerati dalla parte che li nomina, tendono ad orientare la propria testimonianza in senso favorevole al proprio committente. D'altronde, l'esperto è un soggetto istituzionalmente *partisan*, dal quale nessuno si attende un contributo scientifico neutrale³⁶.

Invero, si ritiene che la conoscenza oggettiva derivi dal contraddittorio tra gli *expert witnesses*, che si svolge impiegando la tecnica della *cross examination*. In altri termini, la convinzione diffusa è che la «verità scientifica» sia la risultante del confronto dialettico tra contributi peritali geneticamente partigiani: insomma, una questione non già di merito, bensì di metodo, di talché l'*adversary system*, proprio perché fondato su uno schema processuale fortemente antagonista, rappresenterebbe il modello giudiziale più efficace per il disvelamento della verità.

Evidentemente, questa impostazione processuale espone al rischio di una forte mercificazione della conoscenza scientifica, poiché la parte che si assicura l'esperto più qualificato e autorevole – e di conseguenza, più «costoso» – acquisisce senza dubbio maggiori possibilità di vittoria in giudizio³⁷. Occorre, dunque, formulare dei criteri che consentano di distinguere la *scientific science* dalla *junk science*: si pone, cioè, un problema di ammissibilità della prova scientifica. Al fine di ovviare al rischio che il *partisan expert* fornisca deposizioni non neutrali e conoscenze esperte non attendibili, il giudice può esercitare il potere di nominare esperti d'ufficio, secondo quanto previsto dalla *Rule 706* delle *Federal Rules of Evidence*. Tuttavia, si tratta di una norma raramente compulsata, anche in ossequio ai principi dell'*adversary system*, che

³⁵ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/1996, 220 ss.

³⁶ Per maggiore approfondimento sull'uso delle conoscenze esperte nel processo civile statunitense, si rinvia ai seguenti contributi: A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2001, 1133 ss.

³⁷ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., 17 ss.

tradizionalmente assegnano al giudice il ruolo di arbitro neutrale e passivo, consegnando invece agli avvocati il controllo sull'utilizzazione degli *expert witnesses*³⁸.

Occorre, in tal senso, rammentare che il giudice, in quanto controllore della *fairness* dello scontro, è chiamato a risolvere la lite sulla base di quanto è emerso nel *trial*: ciò implica che, anche qualora l'accertamento ivi compiuto gli appaia incompleto o poco attendibile, non può comunque esercitare autonomi poteri istruttori atti a supplire alle carenze dell'attività probatoria delle parti³⁹. Al fine di scongiurare il pericolo che egli abdichi del tutto alla propria responsabilità decisionale, parte della dottrina ritiene che debba essere potenziata la specializzazione scientifica del giudice, al fine non già di trasformare il giudice in scienziato, quanto piuttosto di consentire un sindacato adeguato della validità e dell'attendibilità delle prove su cui fondare la decisione⁴⁰. Diversamente, qualora la difficoltà di applicazione dello standard di affidabilità richiesto dovesse risultare insormontabile, autorevole dottrina ritiene che l'unica soluzione possibile sarebbe quella suggerita dagli studiosi nordamericani di *Toxic Tort* e di responsabilità medica, consistente nel deferimento delle questioni scientifiche complesse ad organi amministrativi⁴¹.

Se come si è visto la fase dell'ammissibilità della *scientific evidence* risulta alquanto insidiosa, lo stesso può dirsi in riferimento al momento della valutazione della stessa. La giuria, benché concepita come *trier of fact*⁴², da un lato non possiede infatti le competenze necessarie né per la valutazione del materiale scientifico, né per la verifica dell'attendibilità degli esperti, dall'altro subisce l'influenza della «aura of

³⁸ M. TARUFFO, *op. cit.*, 243 ss.

³⁹ M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'«adversary system» anglo-americano*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1977, 610-611.

⁴⁰ J. SANDERS, *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in *Stanford Law Review*, 46, n. 1, 1993, pp. 1-86.

⁴¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 466 ss.

⁴² Occorre rammentare che il *jury-system* si caratterizza per la ripartizione delle funzioni tra *judge* e *jury*: mentre il primo è incaricato della direzione formale del processo, la seconda è invece chiamata a pronunciare il verdetto sui fatti. In quanto giudice del fatto, la giuria svolge una funzione sostanzialmente passiva nel di tutto il dibattimento: non può porre domande ai testimoni e in molti Stati è vietato prendere appunti. Essa è formata da 12 membri e, ad esclusione di alcuni casi eccezionali, delibera all'unanimità, senza motivare la decisione adottata. L'ingresso dei laici nell'amministrazione della giustizia rappresenta una garanzia nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere, un rischio che si intende scongiurare proprio richiedendo che la deliberazione dei giurati si concluda con una decisione assunta all'unanimità.

infallibility con cui i dati scientifici appaiono al cittadino di media cultura»⁴³. A ciò si aggiunge un dato decisivo: occorre, infatti, rammentare che nei sistemi di *common law* la giuria emette un verdetto non motivato sulle questioni di fatto. Il contenuto di garanzia che si accompagna all'obbligo di motivazione soccombe, infatti, dinanzi al modello del *jury trial*, considerato una insopprimibile garanzia costituzionale per il cittadino⁴⁴, in quanto fondamentale ed ineliminabile espressione della democraticità del sistema processuale⁴⁵.

All'interno di questa dinamica, il giudice, a cui competono le sole questioni di diritto, può comunque decidere di sindacare la tenuta logico-giuridica del verdetto della giuria sulla base del materiale probatorio; qualora giudichi il verdetto infondato, egli ha due possibilità: ricorrere al *judgement notwithstanding the verdict*, ossia alla decisione immediata e autonoma della causa, oppure disporre il rinnovamento del dibattimento dinanzi ad una giuria diversa da quella precedentemente adita⁴⁶.

Quanto finora detto conduce ad una importante conclusione, ossia la constatazione che la verità non appare uno scopo essenziale del processo, rappresentando piuttosto un'esigenza secondaria e rinunciabile in vista dell'integrale attuazione del processo *adversary*, concepito come il migliore e più efficiente strumento di risoluzione delle controversie⁴⁷. Ciò giustifica la concezione del giudice come «moderatore» della competizione, la quale deve svolgersi regolarmente e deve condurre alla vittoria di uno dei contendenti. In un tale contesto, la ricerca della verità

⁴³ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., 245.

⁴⁴ Va infatti rilevato che il VI° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America stabilisce, con specifico riferimento al processo penale, che "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense".

⁴⁵ In questo senso, occorre rammentare che, nei processi a giuria, la fonte di legittimazione democratica delle pronunce viene individuata sia nel fatto che la giuria costituisce una diretta espressione della comunità interessata dal fatto, sia nel fatto che essa veicola il comune sentire dei cittadini laici, i quali dovrebbero rispecchiare il comune sentire della comunità. Ciò fungerebbe altresì da garanzia contro le eventuali distorsioni ideologiche derivanti dall'appartenenza all'apparato burocratico (L. CORSO, *Funzione giudiziaria e sovranità popolare*, cit., 609 ss.)

⁴⁶ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 247 ss.

⁴⁷ M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., 1122 ss.

viene ritenuta «uno spreco di attività, di tempo e di denaro»⁴⁸. Ciò vale anche nelle ipotesi in cui il giudice di *common law* eserciti una funzione attiva, ossia nell'attività di monitoraggio dello svolgimento e della correttezza dello scontro processuale, che trova nel «*contempt of Court*» la sua più significativa espressione⁴⁹. Tale potere, essendo inteso a reprimere il disprezzo della giustizia manifestato con la disobbedienza ad un comando del giudice oppure con comportamenti scorretti o incompatibili con le finalità del processo – e dunque lesivi della *fairness* dello scontro – risulta infatti estraneo alla ricerca della verità⁵⁰.

Questo modello giudiziale è assai distante dallo statuto cognitivo del processo italiano: come si è tentato di dimostrare nel capitolo precedente, la dottrina maggioritaria riconosce infatti l'irrinunciabile connessione tra processo e verità, ribadendo che la ricerca e l'accertamento della verità dei fatti rappresentano finalità essenziali di ogni processo ispirato al principio di legalità⁵¹.

4. La valutazione della prova scientifica nel processo penale italiano

Sulla scorta di quanto finora illustrato, conviene ora dirigere l'attenzione sul ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nel nostro ordinamento quando il materiale probatorio da apprezzare consista negli esiti di indagini peritali. Sebbene, di primo acchito, la questione possa sembrare quasi oziosa, così non è: il giudice è infatti chiamato a maneggiare un sapere extragiuridico che esula dalla sua scienza. Tale patrimonio di conoscenze specialistiche deve essere necessariamente acquisito da soggetti terzi, per poi essere «valutato» nella sua tenuta logico-giuridica. Il perito è per l'appunto l'esperto portatore di un sapere dialettico sia per come è stato elaborato nella comunità scientifica, sia per come nel processo interagisce con quello degli altri esperti, ossia i consulenti tecnici del pubblico ministero e delle parti private⁵². Ad ogni buon

⁴⁸ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., 247 ss.

⁴⁹ A. FRIGNANI, *Il «contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/1972, 112-143.

⁵⁰ M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'«adversary system» anglo-americano*, cit., 615-616.

⁵¹ Per maggiore approfondimento, si rinvia a quanto già ampiamente illustrato nel capitolo 2.

⁵² O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 5/2015, 607. Per una lettura critica del ruolo dei consulenti tecnici nel processo penale, si rinvia al contributo di F. CENTONZE, *Scienza «spazzatura» e scienza*

conto, non può sottacersi che il perito, sebbene il suo incarico provenga da una fonte processualmente terza, partecipa del carattere dialettico che contraddistingue la formazione della prova in giudizio.

Occorre intanto prendere le mosse dalla fondamentale nozione di prova scientifica. Come scriveva Bentham nel lontano 1823, la prova consiste in «un fatto supposto vero che si considera come motivo di credibilità sull'esistenza o no di un altro fatto»⁵³. In tempi più recenti, parte della dottrina processualistica italiana ha ritenuto che la prova scientifica – *rectius*, le «prove scientifiche»⁵⁴ – siano individuabili qualora la premessa maggiore del sillogismo probatorio sia fondata su una vera e propria legge scientifica⁵⁵. In senso parzialmente difforme, vi è chi ha sostenuto che il crisma della «scientificità» ricorrerebbe ogni qualvolta l'accertamento dei fatti implichi il possesso di tecniche e di nozioni che travalicano i confini della conoscenza del giudice inteso come rappresentante della cultura media⁵⁶.

Senza dubbio, la prova scientifica contribuisce in modo significativo ad avvicinare la verità storica alla verità processuale, risultando, spesso, assolutamente decisiva ai fini della risoluzione della controversia⁵⁷. Occorre infatti rammentare che essa si basa su canoni metodologici molto più saldi di quelli che sorreggono la formazione tanto delle massime di esperienza, ossia «generalizzazioni empiriche e culturali» che, a partire dagli indizi disponibili, consentono di giungere a soluzioni probabilistiche, quanto del senso comune, altamente controvertibile poiché fondato su

“corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2001, 1232 ss.

⁵³ J. BENTHAM, *Traité des preuves iudiciaries*, Parigi, Bossange freres, Libraires-editeurs, 1823, 246.

⁵⁴ F. CAPRIOLI, *La scienza «cattiva maestra»*, cit., 3523.

⁵⁵ P. MOSCARINI, *Lo statuto della «prova scientifica» nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 6, 2015, 50.

⁵⁶ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., 414-437. Per maggiore approfondimento sulla nozione e sul ruolo della prova scientifica, si rinvia a O. DOMINIONI, *Prova scientifica* (dir. proc. pen.), voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali – II, 2008, 976 ss.; L. CARLI, *La prova scientifica nel sistema processuale penale* (pt. II), in *Critica penale*, 3-4/2006, 239 ss. Si segnalano, altresì, i recenti contributi di G. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale* (Relazione al Convegno “Giurisprudenza e scienza”, Roma, 10 marzo 2016), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2016, 1192 ss., e di A. SCAGLIONE, *Profili problematici della prova scientifica nel processo penale* (Relazione al Convegno “La giustizia penale tra conoscenza scientifica e sapere comune, Roma, 6 luglio 2016), in *La Giustizia Penale*, 10/2016, 571 ss.

⁵⁷ P. FELICIONI, *Processo penale e prova scientifica: verso un modello integrato di conoscenza giudiziale*, in *Cassazione penale*, 4/2013, 1625.

nessi inferenziali deboli⁵⁸. Invero, l'utilizzo di leggi scientifiche al fine della ricostruzione dei fatti di causa non trova una diretta e puntuale regolamentazione nel diritto processuale: le norme dedicate alla perizia disciplinano solamente le fasi dell'ammissione e dell'acquisizione della prova peritale, trascurando del tutto l'ultima - e più rilevante - fase del procedimento probatorio, ossia la valutazione dei risultati. In questo senso, le disposizioni che sovrintendono alla formazione della prova penale rivelano la loro inidoneità ad immettere nel processo conoscenze scientifiche nuove o controverse⁵⁹. Mancando una disciplina specifica, occorre riferirsi a quanto previsto dall'art. 192 c.p.p., che scolpisce, in via generale, il principio del libero convincimento del giudice.

Sorge a questo punto il seguente interrogativo: come può il giudice valutare i risultati di un'*expertise* rispetto alla quale egli viene ritenuto *ex ante* incompetente? Interviene qui il brocardo *iudex peritus peritorum*, nel suo significato originario e in quello attualizzato⁶⁰. Occorre, infatti, considerare che, tradizionalmente, al giudice era riconosciuta una posizione di supremazia e di supplenza nei riguardi del sapere scientifico, tale da indurre a credere che egli fosse davvero «il perito dei periti», ossia una sorta di «apprendista stregone» che «assume le vesti dello scienziato senza averne le capacità»⁶¹. In altri termini, la convinzione diffusa era che il giudice non dovesse ritenersi vincolato al risultato della perizia, potendo discostarsi dalle conclusioni cui era giunto l'esperto, a fronte di un'adeguata motivazione della sua decisione. Dottrina e giurisprudenza convenivano, infatti, quasi unanimemente sul fatto che il magistrato potesse finanche disattendere completamente i giudizi espressi in materia tecnica dai periti giudiziari, da esso stesso nominati, laddove avesse giudicato infondate, sulla base del proprio libero convincimento, le conclusioni formulate dagli esperti⁶².

Per quanto singolare possa apparire, è stato necessario attendere molto tempo prima che tale concezione venisse definitivamente superata, così da ricondurre il ruolo

⁵⁸ F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, 562.

⁵⁹ O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica*, cit., 601.

⁶⁰ Si segnala, in tal senso, il recente contributo di G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2/2017, 27 ss.

⁶¹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 309.

⁶² A. SALIS, *Sull'attendibilità del principio «iudex peritus peritorum»*, in *Democrazia e diritto*, 1/1960, 174.

del giudice al più verosimile compito di «controllore dell'operato degli esperti mediante criteri scientifici e logici»⁶³. Laddove si profili un contrasto tra più conclusioni tecnico-scientifiche, il giudice deve oggi dare logica e adeguata motivazione delle ragioni per le quali aderisce ad una tesi piuttosto che ad un'altra, senza adeguarsi passivamente alle conclusioni dell'esperto; diversamente, si ricadrebbe nell'errore di considerare la perizia alla stregua di una prova legale⁶⁴. Ogni valutazione critica da lui formulata discende, dunque, «da premesse scientifiche conosciute e quindi sindacabili dalle parti»⁶⁵.

Il progressivo affrancamento dalla tradizionale interpretazione del principio *iudex peritus peritorum* si è compiuto prevalentemente per via giurisprudenziale, mediante l'importazione dei criteri di valutazione della prova scientifica elaborati all'inizio degli anni '90 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Nel sistema angloamericano la questione dell'impiego della prova scientifica nell'agone processuale si era posto sin dagli anni '20, con la formulazione della teoria della cosiddetta *general acceptance*. Si tratta del noto caso *Frye* del 1923, nel quale la *Circuit Court* del Distretto di Columbia, nell'ambito di un processo per omicidio, fu chiamata a decidere sull'ammissibilità come prova della testimonianza diretta di un consulente della difesa circa i risultati dell'uso di un poligrafo, ossia una primordiale macchina della verità. La corte distrettuale respinse tale richiesta, affermando il principio secondo cui «i dati su cui si basa la deduzione devono aver raggiunto un tale grado di consenso da essere generalmente accettati nello specifico campo scientifico»⁶⁶. Di qui nasce il cosiddetto *Frye test*, che ancora l'ammissibilità della prova scientifica alla presenza di un giudizio generale di validità da parte della comunità scientifica intorno alla stessa.

Invero, tale standard, dopo quasi settant'anni di regolare applicazione, iniziò a rivelare i primi segnali di cedimento, posta l'infrequenza con cui – nei fatti – una teoria riesce a registrare il consenso di un'intera comunità scientifica. Fu così che la Corte

⁶³ O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica*, cit., 604.

⁶⁴ C. BRUSCO, *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1/2012, 78. Si vedano, in tal senso, Cass. pen. nn. 24082/2017, 43923/2013, 12991/2013, 8331/1988, 4288/1982, 870/1977.

⁶⁵ P. MOSCARINI, *Lo statuto della «prova scientifica» nel processo penale*, cit., 656.

⁶⁶ *Frye v. United States*, 293 f. 1013 – d.c. cir. 1923.

Suprema elaborò, nel 1993, i celebri criteri *Daubert*⁶⁷. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici riguardava i supposti effetti collaterali sul feto del *Benedectin*, un farmaco usato contro le nausee in gravidanza prodotto dalla *Merrel Dow Pharmaceuticals*. La casa farmaceutica aveva prodotto in giudizio una documentazione scientifica, sottoposta a *peer review* e quindi generalmente accettata, nella quale si dimostrava che non vi erano prove che il farmaco cagionasse malformazioni nel feto. In senso contrario, i genitori dei bambini nati malformati avevano chiesto alla Corte di acquisire la testimonianza di altri esperti, portatori di evidenze scientifiche contrarie alle risultanze presentate dalla *Merrel Dow*, ancorché fondate su dati non ancora pubblicati. La *Merrel Dow*, invocando il principio *Frye*, si era opposta all'ammissione di tali testimonianze, ritenendo che le prove fornite dall'accusa, derivando dall'applicazione di metodologie nuove, non registravano all'epoca il generale consenso della comunità scientifica di riferimento.

La Corte Suprema, in netta soluzione di continuità rispetto ai canoni di giudizio sino a quel momento applicati, invocando la *Rule 702* della *Federal Rule of Evidence (FRE)*, che individua i criteri di ammissibilità della *testimony by experts*, accolse la deposizione di tutti i testimoni dell'accusa che rispondessero ai requisiti positivizzati nella predetta norma. Tale disposizione stabilisce che un testimone esperto deve: i) presentare fatti e dati sufficienti; ii) fondarsi su principi e metodi affidabili; iii) applicare in modo affidabile i principi e i metodi al caso. Fu così che la Corte Suprema, superando la tesi della *general acceptance*, affermò che il giudice, dinanzi ad una qualsiasi prospettazione scientifica, dovrà esaminarne: a) la verificabilità; b) la falsificabilità; c) la sottoposizione al controllo della comunità scientifica; d) la conoscenza del margine di errore; e) la generale accettazione nella comunità scientifica degli esperti (*Frye test*). Da quel momento in poi, i criteri *Daubert* divennero il fondamentale parametro di riferimento per la valutazione della prova scientifica.

Come sopra anticipato, la giurisprudenza italiana impiegò circa vent'anni ad allinearsi definitivamente ai canoni di valutazione della prova scientifica elaborati nel

⁶⁷ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 – 1993. Occorre rammentare che tali criteri furono formulati nell'ambito di un giudizio civile, per poi acquistare valenza generale anche nel processo penale non solo nell'ipotesi di testimonianza basata su conoscenze scientifiche, ma anche laddove fossero discusse questioni strettamente tecniche (v. *Kumho Tire Co. c. Carmichael*, 526 U.S. 137 - 1999).

sistema processuale americano: solo nel 2010, infatti, la Suprema Corte di Cassazione accolse i criteri Daubert, specificandone e (in parte) ampliandone la portata. Secondo la dottrina processualpenalistica, il punto di avvio del predetto percorso giurisprudenziale deve rinvenirsi nella sentenza Franzese⁶⁸, ove il giudice di legittimità, chiamato a pronunciarsi sulla ricostruzione e sulla prova del nesso di causalità nei reati omissivi impropri, dichiarò la responsabilità penale di un sanitario per omicidio colposo derivante dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento chirurgico, che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente.

Tralasciando, in questa sede, la disamina delle dirompenti conseguenze della pronuncia sul piano del diritto sostanziale⁶⁹, occorre rilevare che, con questa decisione, i giudici di legittimità introducono un rimedio rispetto ad alcune tendenze esiziali del processo penale. Deve, infatti, rammentarsi che, fino alla Franzese, l'orientamento giurisprudenziale prevalente tendeva ad assumere una prospettiva di tipo inquisitorio, rivelata da due diverse tendenze: da un lato, quella di riconoscere alla prova scientifica un valore «superiore» a quello delle altre prove, alla stregua di una prova legale;

⁶⁸ Cass. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328.

⁶⁹ Va ascritto alla sentenza Franzese il merito di aver riscritto le regole della causalità in ambito penalistico. La Suprema Corte ha, infatti, stabilito che il nesso causale deve essere ricostruito mediante un giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, universale o statistica. Tale valutazione mira ad accertare che, qualora il medico avesse realizzato la condotta doverosa impeditiva dell'evento «*hic et nunc*», quest'ultimo: a) non si sarebbe verificato; b) si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore; c) si sarebbe verificato con minore intensità lesiva. Tuttavia, laddove si applichi una legge statistica, il coefficiente di probabilità ivi espresso non consente di dedurre automaticamente la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sul nesso causale. Si richiede, infatti, al giudice di verificare la validità nel caso concreto della legge scientifica, sulla base delle circostanze del fatto e delle prove disponibili, così da escludere l'interferenza di fattori alternativi. All'esito del ragionamento probatorio, deve risultare giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica». L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile determinano la caducazione della ipotesi accusatoria e il conseguente esito assolutorio del giudizio. Per maggiore approfondimento, si rinvia ai seguenti contributi: F. STELLA, *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2002, 767 ss.; T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a "nuvole ed orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cassazione penale*, 12/2002, 3661 ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 4/2003, 1176B ss.

dall'altro, quella di ritenere che il giudice potesse limitarsi ad accogliere in sentenza le conclusioni rassegnate nella perizia, senza assolvere all'obbligo di adeguata motivazione⁷⁰. In questo senso, l'impostazione univoca proposta dalla giurisprudenza di legittimità tendeva a qualificare la perizia come prova «neutra», sottratta al potere dispositivo delle parti e affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice. Tale asserita neutralità sottendeva la persuasione e il riconoscimento della imparzialità e della oggettività del sapere scientifico, ossia di una scienza intrinsecamente avalutativa⁷¹. Siffatta interpretazione trovava senza dubbio conforto nell'art. 314 del codice di rito del 1930, che assegnava al giudice la «facoltà» di disporre la perizia, consegnandogli così interamente la valutazione circa l'opportunità di ammetterla o meno. Diversamente, l'art. 220 dell'attuale codice di procedura penale, nell'affermare che «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche», propone un modello di discrezionalità vincolata, da esercitare entro estremi valutativi demandati al giudice, ma in parte predefiniti dal legislatore⁷².

Dall'altro lato, si verificava un fenomeno di segno opposto, consistente nell'elevazione del giudice al rango di *peritus peritorum*, cioè di soggetto in grado di supplire all'esperto, in quanto provvisto della conoscenza specialistica necessaria per risolvere la questione sottoposta al suo sindacato.

Su questo *humus* culturale si inserisce la sentenza Franzese. Muovendo dal presupposto che quella scientifica sia una prova come tutte le altre, la Suprema Corte stabilisce che la prima regola da osservare è quella del contraddittorio, come prescritto dall'art. 111 Cost.; si tratterà, evidentemente, di un contraddittorio per così dire «raffinato», ossia tra esperti che si confrontano in una logica dialettica. Non può, infatti, accedersi alla tesi della neutralità dello scienziato, giacché la scelta del metodo scientifico non è mai neutra: l'affidabilità del risultato dipende proprio dalla

⁷⁰ P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 10/2012, 1225 ss.

⁷¹ M. MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, in *Processo penale e giustizia*, 3/2014, 96.

⁷² M. MONTAGNA, *op. cit.*, 98. Per maggiore approfondimento sull'art. 220 c.p.p., si rinvia a P. PALLADINO, *Art. 220 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, diretto da G. LATTANZI, E. LUPO, vol. III, Prove, Libro III, Artt. 187-271, Agg., Milano, Giuffrè, 2017, 344 ss.; D. VICOLI, *Art. 220 c.p.p.*, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO, G. ILLUMINATI, 9° ed., Padova, Cedam, 2015, 758 ss.

scientificità del metodo e dalla competenza dell'esperto. Laddove lo scambio dialettico tra esperti si trasformi in un conflitto insanabile, si parla di vero e proprio diritto alla prova peritale. Invero, il contraddittorio sulle risultanze peritali non si verifica solo *ex ante*, ma anche *ex post*, nel senso che le parti hanno il diritto di valutare in sede dibattimentale diversi profili, tra cui l'affidabilità del metodo impiegato dalla polizia scientifica e la preservazione della catena di custodia dei reperti⁷³.

Sul piano ordinamentale, la sentenza Franzese ha, senza dubbio, sollecitato la positivizzazione dello standard probatorio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio»⁷⁴, avvenuta con la legge 20 febbraio 2006, n. 46, che ha riformulato l'art. 533 c.p.p.⁷⁵. Il principio in esame rappresenta un paradigma euristico nell'individuazione della verità processuale, codificando una regola di giudizio del sistema penale di carattere sistematico e trasversale. Indubbiamente, il novellato art. 533 c.p.p. muove dalla premessa, di sapore essenzialmente politico, secondo cui «in un processo penale il danno sociale è molto più grande se l'imputato sconta una pena per un reato che non ha commesso, del danno che la società subisce se l'imputato non sconta alcuna pena per un reato che ha commesso»⁷⁶, in ossequio ad un criterio di razionalità e di *favor libertatis*. Tale canone si configura come una regola probatoria e di giudizio per l'accertamento della colpevolezza dell'imputato, collocandosi, pertanto, tra i valori portanti del processo penale⁷⁷. Evidentemente, lo standard del «dubbio ragionevole» sfugge ad ogni tentativo di quantificazione, posto che «i gradi di prova non sono misurabili con scale numeriche o percentuali di probabilità quantitativa»⁷⁸. La sussistenza di un «dubbio ragionevole» può, invero, essere ricavata laddove risulti

⁷³ P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese*, cit., 1227.

⁷⁴ Lo standard dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» trae ispirazione dal sistema anglo-americano (BARD: *beyond any reasonable doubt*). La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel riconoscere tale principio come contrappeso della presunzione di innocenza, ha manifestato una certa titubanza e non poca difficoltà nell'individuare l'esatta portata del suo significato: il rischio «irragionevole» sfugge, infatti, ad una definizione sintetica, sia dal punto di vista quantitativo, sia da quello qualitativo.

⁷⁵ F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, Bari, Diritto e Scienza, 2010, 82 ss.

⁷⁶ S. H. KADISH, S. J., SCHULHOFER, *Criminal Law and its Processes*, New York, Wolters & Kluwer, 1995.

⁷⁷ G. CANZIO, «L'oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2004, 304-305.

⁷⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 308-309.

possibile formulare un'ipotesi alternativa ragionevole intorno al fatto che fonda la colpevolezza.

Proseguendo nella ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale del rapporto tra giudice e prova scientifica, occorre dare atto delle ulteriori novità dischiuse dalla sentenza Cozzini del 2010⁷⁹, nella quale la Suprema Corte di cassazione, nel solco del percorso inaugurato dalle Sezioni Unite del 2002, accoglie implicitamente i noti criteri Daubert elaborati dalla Corte Suprema statunitense nel 1993.

La vicenda che occupa i giudici di legittimità atteneva alla ricostruzione eziologica delle patologie connesse all'esposizione a sostanze patogene. Si trattava di un caso di omicidio colposo da inalazione di polveri di amianto per violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. In particolare, l'insorgere del mesotelioma pleurico aveva riguardato un lavoratore reiteratamente esposto all'amianto nel corso della sua esperienza lavorativa, esplicitasi nel settore autoferrotranviario.

In questa pronuncia, la Suprema Corte afferma espressamente che il problema della prova scientifica si pone quando l'inferenza probatoria sui cui si fonda l'accertamento del fatto non può essere sviluppata sulla base delle conoscenze ordinarie: in tale ipotesi, il sapere scientifico diviene un «indispensabile strumento al servizio del giudice di merito». Quest'ultimo acquisisce, infatti, il ruolo di *peritus peritorum*, da intendere come custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa nel processo. Ne consegue la necessità di svolgere una duplice verifica: in via preliminare, circa l'affidabilità e l'imparzialità delle informazioni che penetrano nel processo mediante le indagini peritali e, in via terminale, circa la correttezza logica delle inferenze elaborate facendo leva sulle leggi scientifiche. Il giudice di merito viene, dunque, profilato come «giudice del sapere scientifico», in quanto detentore di conoscenze privilegiate acquisite mediante le perizie.

Diversamente, la verifica demandata al giudice di legittimità concerne esclusivamente la dimensione metodologica, relativa cioè alla correttezza dell'approccio prescelto dal giudice di merito nei confronti del sapere scientifico. Siffatto sindacato si traduce, in primo luogo, nella valutazione della affidabilità delle informazioni utilizzate al fine della spiegazione dei fatti, ossia nel controllo della

⁷⁹ Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786.

qualificazione e dell'imparzialità dell'esperto, che si fa latore della conoscenza specialistica. L'obiettivo perseguito dai giudici supremi è quello di «evitare il rischio di perdersi in oscure dispute; di mettere la risoluzione delle controversie nelle mani di qualche Autorità; di corrodere gli strumenti euristici, fondamentalmente basati sulla logica, sulla disinteressata attenzione ai fatti e sulla dialettica processuale, che governano il raffinato sistema di conoscenza del fatto proprio della giurisprudenza, da più parti visto come esemplare».

In tal senso, la pronuncia del 2010 non si limita al «passivo» recepimento dei criteri Daubert, introducendo, invece, i tre ulteriori requisiti «dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per cui si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche»⁸⁰. Così costruita, la griglia di valutazione offerta al giudice risulta sempre più complessa e puntuale: se, da un lato, ciò agevola lo svolgimento della sua funzione di *gatekeeper*, dall'altro, però, lo complica non poco, ponendolo dinanzi alla necessità di confrontarsi con una pluralità di parametri valutativi non sempre di immediata applicazione pratica.

Qualche anno dopo, la Cassazione viene chiamata nuovamente a confrontarsi con le problematiche sottese all'impiego della prova scientifica⁸¹, la quale, sebbene indispensabile per ridurre lo scarto esistente tra verità storica e verità processuale, può, talora, rivelarsi esiziale, ossia una «cattiva maestra». Si tratta del noto processo di Via Poma, a carico di Raniero Busco, condannato in primo grado a 24 anni di reclusione per l'omicidio di Simonetta Cesaroni e assolto in appello «per non aver commesso il fatto». La Corte d'Assise d'Appello di Roma, nel corso del giudizio di secondo grado, aveva richiesto una perizia collegiale al fine di ovviare al dissidio generatosi tra i consulenti di parte durante il primo grado di giudizio⁸²: si era infatti reso necessario saggiare l'attendibilità del metodo impiegato dagli esperti per riuscire così ad adempiere correttamente alla predetta *gatekeeping function*⁸³. Non potendo, in questa sede, ripercorrere tutti i passaggi argomentativi della sentenza d'appello, si segnala un punto saliente, relativo alla attribuibilità all'imputato Busco del morso sul seno della

⁸⁰ P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, in *Diritto penale e processo*, 11/2011, 1344.

⁸¹ Si tratta di Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2014, n. 39220.

⁸² C. MANCINI, *Processo di Via Poma: l'applicazione dei criteri Daubert rende la motivazione esente da vizi*, in *Diritto penale e processo*, 4/2015, 419 ss.

⁸³ C. MANCINI, *Processo di Via Poma*, cit., 421.

vittima: l'analisi *bitemark*, ritenuta attendibile dal giudice di primo grado, viene sottoposta ai criteri Daubert-Cozzini. Il collegio giudicante esamina – in appello – due documenti scientifici di indiscussa autorevolezza, cioè il saggio di *Pretty e Sweet*, intitolato «*A paradigm shift in the analysis of bitemarks*» e un rapporto della *National Accademy of Science*, commissionato dal Congresso degli Stati Uniti e pubblicato il 18 febbraio 2009. Il primo lavoro evidenziava il cambio di prospettiva attraversato dalla comunità scientifica, la quale, inizialmente sicura dell'affidabilità del metodo, invitava ora alla cautela nell'impiego del test per due non trascurabili ragioni: la mancanza di studi su vasta scala e la discutibilità dei postulati di base, ossia l'unicità della dentatura umana e la capacità della pelle di recepire il morso. Il secondo rapporto, senza soluzione di continuità rispetto a quanto affermato nel saggio, prescriveva di impiegare il *bitemark test* solo in senso negativo, ossia per escludere la responsabilità di un sospettato, non già per affermarne la colpevolezza. Alla luce di tali valutazioni, la Corte d'Assise d'Appello giunge a negare l'affidabilità di tale metodo di accertamento, invocando, per l'appunto, l'assenza di un consenso generale nella comunità scientifica quale ultimo elemento utile di valutazione.

La posizione assunta dalla Corte territoriale, e confermata dalla Suprema Corte, rivela in controluce il corretto significato da assegnare al nuovo standard contenuto nell'art. 533 c.p.p., il quale impone al giudice non già di cercare conferma dell'ipotesi accusatoria, quanto piuttosto di individuare eventuali contro-ipotesi in grado di falsificare la tesi della pubblica accusa, fondate, ad esempio, sulla scarsa affidabilità scientifica del metodo probatorio applicato.

Deve, infine, segnalarsi un'ulteriore pronuncia, particolarmente significativa ai fini che qui interessano, che ha avuto enorme risonanza mediatica, dividendo non solo l'opinione pubblica italiana (e americana), ma anche e soprattutto i giudici che sono stati chiamati a risolverla. Si tratta della sentenza n. 36080 del 2015, con cui la quinta sezione penale della Suprema Corte di Cassazione pone fine al cosiddetto processo *Meredith bis*. Si rammenta, infatti, che sull'omicidio di *Meredith Kercher* si sono pronunciati cinque diversi uffici giudiziari, in un arco di tempo compreso tra il 2009 e il 2015. Occorre rilevare che l'intera controversia ha avuto quale centro nevralgico la prova scientifica, e, in particolare, le indagini genetiche compiute sui reperti rinvenuti sul luogo del delitto. Non potendo, in questa sede, ripercorrere dettagliatamente il

contenuto delle decisioni pronunciate nell'ambito dei due processi, si è scelto di concentrare l'attenzione sull'ultima sentenza del 2015, gravida di importanti valutazioni ai fini dell'indagine che qui si conduce.

La questione principale che occupa i giudici di legittimità consiste nello stabilire la valenza processuale da assegnare alle risultanze della prova scientifica. La Suprema Corte, abbandonando ogni forma di timore reverenziale per antichi dogmi, afferma espressamente che la nozione del giudice *peritus peritorum* risulta «ormai obsoleta e di assai dubbia credibilità», in quanto espressione di un modello culturale del tutto anacronistico, il quale pretende di assegnare al giudice reale capacità di governare il flusso di conoscenze specialistiche che le parti riversano nel processo. Diversamente, i giudici supremi invocano e difendono lo «stato di legittima ignoranza del giudice», inteso come incapacità di governare autonomamente la prova scientifica, il che non equivale, tuttavia, ad una fideistica accettazione del contributo peritale: se così fosse, il giudice, abdicando alla sua fondamentale funzione, finirebbe – di fatto – per delegare la responsabilità della decisione all'esperto, con buona pace della complessa ma necessaria dialettica tra diritto e scienza. La Cassazione, consapevole dei rischi sottesi ad ogni ricostruzione semplicistica e riduttiva, riconosce che la soluzione del problema non può rinvenirsi nella astratta rivendicazione del primato ora del diritto, ora della scienza, poiché il piano in cui deve porsi l'operatore del diritto è sempre uno solo: quello del processo. Ciò significa che la risposta deve essere ricercata nelle regole processuali, perché lo scopo a cui tende ogni giudizio consiste nella ricostruzione della verità processuale, ossia della verità che si forma nel processo, non già al di fuori di esso. Se quanto finora affermato è vero, ne consegue che anche la prova scientifica deve essere sottoposta ad un vaglio di affidabilità, inteso come necessaria valutazione della sua reale portata probatoria: diversamente, verrebbe surrettiziamente ripristinata la tesi, inizialmente avallata dalla giurisprudenza, che disconosce il diritto alla prova peritale, con la conseguenza che la prova scientifica assumerebbe quasi il valore di prova legale, ossia di una prova la cui attendibilità non è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ma è predeterminata dalla legge.

Con specifico riferimento alle indagini genetiche, la Suprema Corte afferma che le risultanze della prova del DNA acquistano un differente rilievo a seconda del loro contenuto: se esse si pongono in termini di identità, assumono rilievo probatorio; se,

invece, si pongono in termini di compatibilità, assumono un mero rilievo indiziario. Quanto detto può ritenersi vero solo a patto che l'attività di repertazione, conservazione e analisi avvenga nel rispetto delle regole di esperienza consacrate dai protocolli internazionali. Detto altrimenti, i giudici di legittimità sottolineano con vigore che un dato scientifico non verificato - ossia non sottoposto a tentativi di falsificazione - non può assumere rilevanza in ambito processuale, nemmeno sotto forma di indizio, a conferma che la verità scientifica, comunque elaborata, non può tramutarsi *eo ipso* in verità processuale. Nel caso di specie, la Suprema Corte censura le «clamorose amnesie investigative» e le «colpevoli omissioni di attività di indagine», stigmatizzando, in particolare, l'inescusabile superficialità con cui è stato trattato il gancetto del reggiseno della vittima, il quale, notato nel corso del primo sopralluogo della polizia scientifica, venne lasciato sul pavimento per ben 46 giorni prima di essere repertato. I giudici di legittimità concludono, dunque, negando valore probatorio alle indagini genetiche acquisite in violazione delle regole consacrate dai protocolli internazionali⁸⁴.

5. La valutazione della prova scientifica nel processo civile italiano

Se dunque la breve ricognizione sinora condotta offre uno spaccato delle problematiche sollevate dall'impiego della prova scientifica, *sub specie* di perizia, nel processo penale italiano, si vorrebbe ora compiere la stessa indagine con riferimento al processo civile, ove il tema dell'uso probatorio della scienza assume una coloritura non troppo dissimile da quanto già sinora illustrato. Basterà infatti rammentare che il tema della prova scientifica si pone ogni qual volta il giudice avverta la necessità di attingere ad un patrimonio di conoscenze che trascendono la cultura dell'uomo medio, il che impone "di stabilire attraverso quale metodo le leggi scientifiche debbano essere individuate e utilizzate nel processo"⁸⁵.

Occorre innanzitutto premettere che, analogamente al processo penale, anche nel processo civile il tipo di scienza rilevante sotto il profilo probatorio non si esaurisce

⁸⁴ Per maggiore approfondimento sul ruolo del test del DNA in una prospettiva comparata, si rinvia a M. MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare ed assolvere: il test del dna e l'esperienza statunitense*, in *Diritto penale e processo*, 12/ 2003, 1555 ss.

⁸⁵ L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/2002, 1093. Per maggiore approfondimento sul concetto della prova scientifica in ambito processualcivile, si rinvia a M. TARUFFO, *Prova scientifica* (dir. proc. civ.), voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-1, 2008, 965 ss.

nelle cosiddette scienze *dure*, quali la chimica, la fisica, la matematica, l'ingegneria, la biologia, la genetica, ricomprendendo anche le cosiddette scienze *deboli*, come la psicologia, la medicina, l'economia e la sociologia. Tuttavia, se rispetto al primo nucleo di sapere specialistico si registra una costante e diffusa tendenza del giudice nel disporre le necessarie consulenze tecniche, la medesima prassi non trova invece solerte attuazione con riferimento al secondo nucleo di conoscenze esperte, spesso intese dal giudicante alla stregua di nozioni di senso comune, *sub specie* di fatti notori o di regole di esperienza⁸⁶. Evidentemente, la sottovalutazione della complessità delle valutazioni in tali discipline scientifiche può indurre il giudice a ricorrere impropriamente alla propria "scienza privata"⁸⁷, dimenticando che i parametri di analisi impiegati dalle scienze sociali spesso non coincidono affatto con quelli del senso comune; ciò provoca inevitabilmente il rischio che il giudice si improvvisi "apprendista stregone", giacché quanto più limitata è la concezione che egli ha della scienza, tanto maggiore è la dilatazione dell'area del senso comune⁸⁸.

Invero, la spiegazione della descritta tendenza può – forse – rinvenirsi anche nelle intrinseche insidie connesse allo statuto scientifico delle scienze psicologiche, le quali offrono soluzioni prive di quel grado di attendibilità, di univocità e di controllabilità che ci si attende da un contributo scientifico, con la conseguenza di riversare sul giudice l'onere di decisioni estremamente complesse e delicate sotto il profilo psicologico⁸⁹. Quanto detto trova conferma empirica nel fatto che in alcune

⁸⁶ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2005, 1086-1087. A testimonianza di detta prassi, l'A. stigmatizza la difficoltà di ottenere, ad esempio, la nomina di un consulente tecnico psicologo o psichiatra. Per maggiore approfondimento sulla consulenza psicologica, v. tra gli altri F. DANOVI, *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/2000, 898 ss.; G. GALUPPI, L. GRASSO, *Riflessioni di attualità su perizie e consulenze tecniche psicologiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2/1998, 673 ss.

⁸⁷ Come noto, per "scienza privata" si intende quel patrimonio di conoscenze fattuali extraprocessuali di cui è vietato al giudice servirsi: tale divieto trova la propria base legale nel combinato disposto dell'art. 115, co. 1, c.p.c. che impone al giudice di decidere sulla base delle prove prodotte dalle parti o dal pubblico ministero, e dell'art. 97 disp. att. c.p.c. (rubricato "Divieto di informazioni private"), secondo cui "Il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé, né può ricevere memorie se non per mezzo della cancelleria". Tale "scienza privata" non deve pertanto essere confusa con la "scienza ufficiale" del giudice, che invece descrive l'ambito di conoscenze che può essere liberamente utilizzato dal giudice in quanto patrimonio della cultura diffusa della società (L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., 1084-1087).

⁸⁸ M. TARUFFO, *op. utl. cit.*, 1087.

⁸⁹ M. TARUFFO, *op. utl. cit.*, 1093-1094.

delle principali ipotesi in cui il giudice civile ricorre alla prova scientifica, quali l'accertamento della capacità di intendere e di volere del soggetto⁹⁰ e la concretizzazione della clausola generale dell'“interesse del minore”⁹¹, le decisioni giudiziarie corrono il rischio di risultare non sufficientemente persuasive.

A ben vedere, un'ulteriore situazione in cui l'uso probatorio della scienza trova largo impiego è rappresentata dall'accertamento giudiziale della paternità, disciplinato dagli artt. 269 ss. c.c.⁹²: in tale ipotesi, la prova scientifica che viene in rilievo è evidentemente il test del Dna, il quale – lo si rammenta – provvede al giudice la prova

⁹⁰ In proposito, l'art. 714 c.p.c. dispone che il giudice istruttore, nell'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando, “sente il parere delle altre persone citate, interrogandole sulle circostanze che ritiene rilevanti ai fini della decisione e può disporre anche d'ufficio l'assunzione di ulteriori informazioni, esercitando tutti i poteri istruttori previsti nell'articolo 419 del c.c.”. Quest'ultima norma prevede, infatti, al secondo comma che “Il giudice può in questo esame farsi assistere da un consulente tecnico. Può anche d'ufficio disporre i mezzi istruttori utili ai fini del giudizio, interrogare i parenti prossimi dell'interdicendo o inabilitando e assumere le necessarie informazioni”. A proposito della prova della incapacità naturale ai fini della dichiarazione di interdizione, si segnala Cass. civ., II sez., n. 17583/2007 (Pres. Elefante; Est. Bognanni), ove lo stato di grave infermità psichica irreversibile da etilismo cronico del contraente alienante viene accertato scientificamente in base ad una consulenza tecnica psichiatrica.

⁹¹ Nelle varie ipotesi in cui il tribunale dispone i provvedimenti descritti dagli artt. 316 ss. c.c. relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale, l'art. 336, co. 2, c.c. impone “l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”. Si tratta, evidentemente, di una valutazione psicologica di estrema complessità, rispetto alla quale il ricorso alle nozioni scientifiche può rivelarsi non risolutivo in ragione delle incertezze che affliggono la materia della psicologia infantile. Si segnala, in tal senso, la recente Cass. civ., I sez., n. 26767/2016 (Pres. Di Palma; Est. Campanile), secondo cui “In tema di disconoscimento di paternità, il quadro normativo (artt. 30 Cost., 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali della UE, e 244 c.c.) e giurisprudenziale attuale non comporta la prevalenza del “favor veritatis” sul “favor minoris”, ma impone un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica – anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini – e l'interesse alla certezza degli “status” ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno di una famiglia, specie quando trattasi di un minore infraquattordicenne. Tale bilanciamento non può costituire il risultato di una valutazione astratta, occorrendo, invece, un accertamento in concreto dell'interesse superiore del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale”.

⁹² L'art. 269 c.c., che reca la rubrica “Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità”, afferma in particolare che “La paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre. La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità.”

diretta del fatto costituito dall'identità di un soggetto con un grado di probabilità elevatissimo, di regola superiore al 98%⁹³.

Vi è poi un'ulteriore classe di ipotesi in cui il ricorso alle conoscenze esperte assume un valore pregnante ai fini della decisione, ossia laddove occorra provare il nesso di causalità tra il fatto e il pregiudizio ingiusto allo scopo di ottenere il risarcimento del danno. Se infatti nei casi meno complessi il ricorso alla consulenza tecnica consente di ricostruire in modo piuttosto agevole l'efficienza causale del fatto lesivo nella produzione del danno ingiusto⁹⁴, lo stesso non può affermarsi qualora si debbano ricostruire le conseguenze dannose derivate – ad esempio – dall'utilizzo di medicinali nocivi o dall'esposizione a materiali tossici⁹⁵. In tali casi, lo sforzo

⁹³ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 1091. Si esprime in tal senso anche Cass. civ., I sez., n. 3563/2006 (Pres. Luccioli; Est. Felicetti), ove si afferma che “In materia di accertamenti relativi alla paternità e alla maternità, la consulenza tecnica ha funzione di mezzo obbiettivo di prova, costituendo lo strumento più idoneo, avente margini di sicurezza elevatissimi, per l'accertamento del rapporto di filiazione; essa, pertanto, in tal caso, non è un mezzo per valutare elementi di prova offerti dalle parti, ma costituisce strumento per l'acquisizione della conoscenza del rapporto di filiazione”. Nello stesso senso, v. anche Cass. civ., I sez., n. 28647/2013 (Pres. Carnevale, Est. Campanile), secondo cui le conclusioni della relazione di consulenza tecnica d'ufficio, avente ad oggetto le indagini ematologiche ed immunogenetiche sul DNA, può assumere, nonostante la valenza esclusivamente probabilistica delle relative valutazioni, la funzione di mezzo obbiettivo di prova, avente margini di sicurezza elevatissimi, alla luce degli approdi scientifici ormai condivisi.

⁹⁴ Si pensi, ad esempio, alla ricostruzione del nesso casuale nell'ipotesi di un incidente stradale.

⁹⁵ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., 1095. L'A. si riferisce per lo più ai *mass torts*, ossia ai danni di massa subito da gruppi o da pluralità di soggetti. Per maggiore approfondimento, si veda sul punto R. L. RABIN, *Reliance on scientific evidence in tort litigation: the U.S. experience*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato, Atti del convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 125 ss. Proprio con riferimento all'esposizione a materiali tossici, in particolare l'amianto, si segnala un filone giurisprudenziale in materia di spettanza della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13, co. 8, della l. n. 257/1992 (secondo cui “Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto gestita dall'INAIL è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche per il coefficiente di 1,5”), recante “Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto”, a mente del quale la prova del superamento dei limiti soglia (anche in termini di rilevante grado di probabilità), “richiede necessariamente un giudizio di carattere tecnico-scientifico demandato ad una c.t.u., che, riguardando per lo più una situazione lavorativa non più esistente (a seguito della cessazione dell'utilizzo dell'amianto disposta con la l. n. 257 del 1992), [...] implica solo il riferimento a dati di esperienza e scientifici (come le banche dati in possesso dell'INAIL o di altri istituti internazionali), ai cui fini a nulla rileva il tempo trascorso o la modifica dello stato dei luoghi rispetto all'attività dedotta in giudizio” (Cass. civ., sez. lav., n. 6543/2017, Pres. D'Antonio, Est. Rivero). In senso conforme, v. anche Cass. civ., sez. lav., n. 25050/2015 (Pres. Stile; Est. Napoletano), secondo cui “Il fatto costitutivo del diritto al conseguimento dei benefici di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992 non si identifica

probatorio si risolve il più delle volte nella prova del nesso di causalità specifico o individuale, ovverosia nella ricostruzione eziologica della patologia contratta dal soggetto che agisce in giudizio⁹⁶: tale ricostruzione solitamente non può tuttavia compiersi attingendo esclusivamente ai dati epidemiologici, i quali, esprimendo frequenze statistiche, non consentono di derivare conclusioni attendibili circa la verifica di un singolo evento⁹⁷. Tale prospettazione è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale – in tempi recentissimi – ha ribadito il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite nel 2008⁹⁸ secondo cui ove le leggi scientifiche non consentano una assoluta certezza della derivazione causale la regola di giudizio nel processo civile è quella della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non»⁹⁹, criterio che “non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa – statistica delle frequenze di classi di eventi (cosiddetta probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma

con la mera durata ultradecennale dello svolgimento dell'attività lavorativa in un luogo nel quale è presente amianto, essendo necessaria anche la prova dell'esposizione qualificata, che può ritenersi raggiunta solo in presenza di un elevato grado di probabilità di esposizione in misura superiore alle soglie previste dalla legge”. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il beneficio nonostante la consulenza tecnica d'ufficio avesse accertato solo un moderato grado di probabilità di esposizione.

⁹⁶ Per maggiore approfondimento sulla ricostruzione del nesso di causalità individuale e generale, si rinvia - in ambito penalistico - ai seguenti contributi: R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cassazione penale*, 3/2010, 1265 ss.; A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cassazione penale*, 9/2010, 3633 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 339 ss. Per quanto concerne il versante civilistico, si segnala, proprio sul tema dell'esposizione all'amianto, il recente saggio di M. C. NANNI, *Esposizione professionale ad amianto e tutela integrale del danno alla persona*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2017, 634 ss.

⁹⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 1098. L'A. rileva infatti che la prova del nesso di causalità generale, consistente nella dimostrazione della capacità di un medicinale o di un materiale di provocare effetti nocivi sulla salute di un determinato campione di popolazione, implica sovente il ricorso a dati di carattere epidemiologico, mediante i quali è possibile talora dimostrare “non soltanto l'eventualità di una mera connessione statistica tra l'esposizione a quel materiale e la malattia”, ma anche “la capacità di quel materiale di provocare un incremento significativo di quella malattia nella popolazione di riferimento” (ID., *op. cit.*, 1096-1097). Lo stesso non può, invece, predicarsi con riferimento al nesso di causalità individuale, ove le frequenze statistiche acquistano scarso rilievo.

⁹⁸ Cass. civ. S.U. n. 576/2008.

⁹⁹ Sulla ricostruzione del nesso causale in ambito civilistico, v. *ex multis* L. NOCCO, *La probabilità in ambito giuridico civile*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4/2015, 1519 ss.

(e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (cosiddetta probabilità logica o baconiana)¹⁰⁰.

Individuate dunque le ipotesi in cui il ricorso alla prova scientifica appare maggiormente frequente e risolutivo, occorre ora svolgere qualche riflessione più approfondita sulle modalità processuali di acquisizione del predetto sapere tecnico-scientifico, giacché – come rilevato da attenta dottrina – “si può essere colpiti dalla sproporzione tra le dimensioni del problema e la povertà dei meccanismi con i quali il giudice dovrebbe affrontarlo”¹⁰¹. Si tratta, ad avviso di chi scrive, del nodo concettuale più problematico che il costituzionalista deve fronteggiare, giacché tanto minore è il margine di giudizio che residua in capo al giudice, tanto maggiore è il rischio che la decisione della controversia venga – nei fatti – deferita alla scienza.

Come è noto, lo strumento tecnico mediante il quale le prove scientifiche vengono acquisite al processo civile è la consulenza tecnica, istituto processuale la cui esatta qualificazione ha suscitato un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza a fronte delle incertezze esegetiche originate da alcune scelte compiute dal legislatore del codice di rito del 1940. Occorre infatti rammentare che il codice di procedura civile attuale, in netta soluzione di continuità rispetto alla codificazione unitaria¹⁰², si caratterizza per una collocazione sistematica della consulenza tecnica d’ufficio del tutto peculiare: se infatti da un lato il consulente tecnico d’ufficio viene profilato come ausiliario del giudice (artt. 61-68 c.p.c.), dall’altro la disciplina della nomina e delle attività dello stesso si rinviene nella sezione dedicata all’istruzione probatoria (artt. 191-202 c.p.c.)¹⁰³. Ne deriva che, diversamente da quanto accade nel processo penale

¹⁰⁰ Cass. civ. n. 19270/2017. Sempre in materia di ricostruzione del nesso causale individuale tra esposizione all’amianto e danno ingiusto subito dal lavoratore, v. le recentissime Cass. civ. nn. 24741/2017, 21595/2017.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 1106.

¹⁰² Nel codice di rito unitario la *perizia* era disciplinata tra i mezzi di prova in senso proprio (Libro I, Titolo IV, Sezione IV “Delle prove”, § IV “Della perizia”, agli artt. 252-270).

¹⁰³ A ben vedere, la soluzione proposta dal legislatore del 1940 appare largamente debitrice delle tesi elaborate da Carnelutti nella prima metà del secolo scorso, il quale qualifica l’esperto come un mezzo di integrazione dell’attività del giudice, giungendo così ad escludere il valore probatorio della perizia (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 121). Secondo l’A., la collaborazione che viene richiesta più di frequente al perito attiene al campo della valutazione dei fatti: essa “si connette strettamente all’uso delle regole di esperienza nel processo e trova nell’inevitabile limitazione delle cognizioni del giudice in confronto con lo sterminato campo dell’esperienza la ragione precipua della sua frequenza e della sua utilità”. Per maggiore approfondimento, v. V. ANDRIOLI, *La scientificità della prova con riferimento alla perizia e alla libera valutazione del giudice*, in *Diritto e giurisprudenza*, 6/1971, 794 ss.; F. AULETTA, *Il*

ove – come si è visto – la perizia viene espressamente qualificata e disciplinata come un mezzo di prova, la consulenza tecnica deve piuttosto essere intesa come un mezzo di istruzione probatoria in senso lato¹⁰⁴, giacché – come osservato da autorevole dottrina – la sua funzione “non consiste, almeno direttamente, nel determinare il convincimento del giudice circa la verità o la non verità di determinati fatti, ma consiste nell’offrire all’attività del giudice [...] l’ausilio di cognizioni tecniche che il giudice di solito non possiede”¹⁰⁵.

Invero, se per un verso la scelta del legislatore del 1940 risulta inequivocabile, per altro verso pare altrettanto chiara la consapevolezza del codificatore di assegnare una “implicita valenza probatoria” alle conoscenze esperte acquisite mediante il consulente tecnico d’ufficio¹⁰⁶. Tale impressione sembra d’altronde confermata dalla Relazione Illustrativa del Ministro Grandi, in cui alla tradizionale attività di carattere propriamente valutativo affidata all’esperto viene affiancata una ulteriore sfera di attività consistente nella “ricerca e acquisizione di fatti, dati ed elementi necessari per la decisione della causa”¹⁰⁷. Si tratta della nota distinzione, peraltro elaborata dalla più autorevole dottrina già sotto la vigenza del codice di rito del 1865, tra consulente cosiddetto *deducente*, e consulente cosiddetto *percipiente*: il primo si limita a valutare elementi di fatto già acquisiti *aliunde* al processo, espletando pertanto una funzione propriamente ausiliaria, il secondo agisce invece quale fonte oggettiva di prova, accertando *ex ante* la sussistenza o meno di fatti controversi¹⁰⁸. In questo secondo caso,

procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico, Padova, Cedam, 2002, 33

ss.

¹⁰⁴ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 2012, 997. Secondo l’A., la funzione della consulenza tecnica è quella di “fornire al giudice gli elementi conoscitivi necessari per la corretta valutazione di dati ed elementi già acquisiti al processo, per la cui utilizzazione in chiave decisoria siano necessarie conoscenze che il giudice non possiede”.

¹⁰⁵ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, Giappichelli, 2017, 129.

¹⁰⁶ V. ANSANELLI, *op. cit.*, 1004.

¹⁰⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi presentata al re nell’udienza del 28 ottobre 1940* (§ 29, 1-5), in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1940, 3 ss. Occorre, tuttavia, precisare che la distinzione tra consulente deducente e consulente percipiente

¹⁰⁸ P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet giuridica, 2010, 883 ss.; C. MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 129-130; L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 1097-1099. Occorre, in tal senso, rilevare che la conforme e consolidata giurisprudenza di legittimità riconosce ormai da tempo la natura anfibologica della consulenza tecnica; si segnala, in particolare, una pronuncia delle Sezioni

la funzione dell'esperto risiede dunque nel fornire al giudice le metodologie tecnico-scientifiche necessarie per verificare l'attendibilità e la fondatezza degli elementi di prova acquisiti¹⁰⁹. Come dimostra l'osservazione empirica, tale mediazione incide sovente in maniera decisiva sulla formazione del convincimento del giudice e quindi sulla risoluzione della controversia, al punto da indurre parte della dottrina ad affermare che in una percentuale elevata di casi la giustizia civile è ormai sinonimo di acquisizione, elaborazione e applicazione di conoscenze esperte¹¹⁰.

Ciò premesso, conviene ora dirigere l'attenzione sul procedimento che caratterizza l'istruzione probatoria mediante consulenza tecnica, nelle cui pieghe si annidano talune ambiguità che – ad avviso di chi scrive – rischiano di compromettere da un lato, la genuinità e la fondatezza delle informazioni scientifiche che vengono immesse nel processo e, dall'altro, la stessa capacità del giudicante di svolgere adeguatamente la propria funzione di *peritus peritorum* nel senso che verrà precisato nelle pagine seguenti.

L'art. 61 del codice di rito prevede, al primo comma, che “Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da

Unite del 2006 ove si afferma espressamente che “Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducete), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento” (Cass. S.U. n. 9522/1996). In senso conforme, si vedano da ultimo Cass. civ., sez. III, nn. 6155/2009, 4792/2013.

¹⁰⁹ In questo senso, occorre, tuttavia, registrare il tentativo di parte della dottrina italiana di superare la prospettata distinzione tra consulente deducete e consulente percipiente, giacché “nel campo della prova scientifica, occorre fornire al giudice, non solo i fatti probatori (gli elementi fattuali di prova), ma anche le regole nelle quali sussumerli, in quanto queste trascendono la sua scienza ufficiale” (L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 1107).

¹¹⁰ V. ANSANELLI, *op. cit.*, 1008. Nello stesso senso, v. Auletta, il quale, nelle pagine introduttive della propria monografia, scrive “... è osservazione di certo empirica ma difficilmente confutabile quella per cui si tratta di una disciplina la cui applicazione è di frequenza statistica assai elevata nell'ambito di ogni forma di tutela giurisdizionale” (F. AULETTA, *op. cit.*, 1).

uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”¹¹¹: è dunque rimessa in via esclusiva al giudice la valutazione e la scelta di disporre o meno la consulenza tecnica¹¹². Ciò implica che attore e convenuto non hanno alcun diritto processuale alla nomina del consulente, sicché eventuali istanze di parte assumono una funzione di mero impulso a che il giudice eserciti i propri poteri ufficiosi¹¹³. Tale impostazione ha indotto la giurisprudenza di legittimità ad affermare graniticamente che la scelta del consulente tecnico, essendo riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice, non è sindacabile in sede di legittimità¹¹⁴.

Invero, il dato che suscita le maggiori perplessità risiede nel fatto che secondo un consolidato orientamento della Corte di legittimità il giudice di merito non ha alcun obbligo di nominare un consulente tecnico d'ufficio, ben potendo avvalersi “delle conoscenze tecniche e specialistiche di cui sia per avventura in possesso o delle quali acquisisca direttamente il possesso attraverso studi o ricerche personali”¹¹⁵. Evidentemente, tale indirizzo interpretativo ha suscitato il biasimo di larga parte della dottrina, la quale ha evidenziato la sostanziale *necessarietà* della nomina del consulente tecnico “quando ne ricorrono oggettivamente le condizioni, nel senso che non potrebbe

¹¹¹ Appare piuttosto evidente l'assonanza con l'art. 220, co. 1, c.p.p., a mente del quale “La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”. Per maggiore approfondimento sull'art. 61 c.p.c., si rinvia a M. GIORGETTI, *Art. 61 c.p.c.*, in L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, Torino, Utet giuridica, 2012, 917 ss.

¹¹² Come affermato in dottrina, il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica si profila come un potere officioso e discrezionale, giacché da un lato “il suo esercizio è rimesso alla semplice iniziativa del giudice senza che l'impulso della parte ne costituisca condizione” e dall'altro “il ricorso al consulente tecnico non è obbligatorio, ma dipende da una valutazione del giudice legata all'osservanza di certi parametri” (L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 1109). Sulla nomina e sulle indagini del consulente tecnico, si rinvia a V. ANSANELLI, *Art. 191 c.p.c.*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile, Artt. 163-322 - Processo di cognizione. Procedimento davanti al tribunale. Giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2012, 9 ss.

¹¹³ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 1010-1011. Nello stesso senso, v. anche E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile: principi*, Milano, Giuffrè, 1992, 348; M. ROSSETTI, *Il C.T.U. (“l'occhiale del giudice”)*, Milano, Giuffrè, 2004, 80; M. CATALDI, *La nomina del c.t.u.*, in *Giurisprudenza di merito*, 11/2007, 2799 ss.

¹¹⁴ Si vedano, *ex multis*, Cass. civ. nn. 7622/2010, 6050/2010, 5473/2001, 1428/1983.

¹¹⁵ Così Cass. civ. n. 14759/2007. In senso conforme, v. *ex multis*, Cass. civ. nn. 6641/2002, 11440/1997, 7964/1995, 3247/1972.

il giudice assolvere, anche avendone la competenza, alla funzione di perito”¹¹⁶, pena l’infrazione del divieto di scienza privata del giudice¹¹⁷.

Un ulteriore inconveniente si pone, altresì, con riferimento alla selezione soggettiva dell’esperto, giacché la seconda parte dell’art. 61, co. 1, c.p.c. si limita ad affermare che “La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice”: può dunque verosimilmente ritenersi che, nell’idea del legislatore del 1940, l’iscrizione all’albo doveva assicurare la competenza e la professionalità di tutti gli iscritti¹¹⁸.

Appare, tuttavia, evidente che le predette condizioni non garantiscono sempre – e in via automatica – il possesso da parte del consulente della qualificazione professionale necessaria e sufficiente per introdurre nel processo una “buona scienza”, né d’altro canto vi sono norme giuridiche o criteri di origine pretoria che consentono al giudice di controllare l’effettiva sussistenza di un adeguato livello di preparazione tecnica¹¹⁹. Tali ambiguità sono state accentuate da un indirizzo della giurisprudenza di legittimità, il quale – confermando una certa tendenza all’autoreferenzialità – ha affermato che la scelta compiuta dal giudice è insindacabile nel merito, ossia non

¹¹⁶ S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1996, 322. Nello stesso senso, L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 1118, il quale afferma che “il ricorso alla consulenza tecnica, ogni qual volta sia necessario far uso di cognizioni tecnico-scientifiche, risulta per il giudice un’imprescindibile dovere”.

¹¹⁷ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., 35 ss. Occorre rilevare che tale indirizzo era stato in parte mitigato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale aveva ritenuto che le nozioni tecnico-scientifiche potessero essere utilizzate autonomamente dal giudice solo ove divenute patrimonio culturale dell’uomo medio in un dato contesto sociale e spazio temporale (v. Cass. civ. nn. 9244/2007, 11643/2007). Invero, tale parziale inversione di rotta parrebbe smentita da una recente giurisprudenza a mente della quale “nel nostro ordinamento vige il principio “iudex peritus peritorum”, il quale, “pur se di difficile applicabilità in concreto in materie ed in questioni concrete che richiedono alta specializzazione”, prevede che il giudice possa “disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente tecnico d’ufficio: e ciò sia quando le motivazioni stesse siano intimamente contraddittorie; sia quando il giudice sostituisca ad esse altre argomentazioni, tratte da proprie personali cognizioni tecniche” (Cass. civ., sez. lav., n. 17757/2014).

¹¹⁸ In tal senso, deve altresì rilevarsi che l’art. 22, co. 2 e co. 3 delle disp. att. c.p.c., rubricato “Distribuzione degli incarichi”, dispone che il giudice può anche procedere alla nomina di un soggetto non iscritto all’albo dei consulenti tecnici, nel quale caso deve sentire previamente il presidente del tribunale in ordine al nominativo prescelto.

¹¹⁹ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., 1107-1108.

censurabile sotto il profilo del possesso della “speciale competenza in una particolare materia” di cui la legge richiede il possesso¹²⁰.

Sulla scorta delle considerazioni sinora svolte, è ora possibile esaminare il tema della valutazione della consulenza tecnica da parte del giudice, questione che evidentemente rappresenta il fulcro del presente paragrafo¹²¹.

Tale indagine impone di compiere alcune precisazioni intorno al significato che il principio *iudex peritus peritorum* assume nel processo civile, alla luce della stratificata elaborazione giurisprudenziale formatasi sul punto. Occorre infatti rilevare che, a partire dagli anni '80, la Suprema Corte ha affermato che il giudice di merito – in quanto *peritus peritorum* – ha il potere di disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente d'ufficio qualora le ritenga internamente contraddittorie oppure laddove sostituisca alle stesse altre argomentazioni tratte da proprie cognizioni personali, a patto di esibire una motivazione adeguata, esente da vizi logici e da errori di diritto¹²². Viene così riconosciuta al giudice una posizione di preminenza nella valutazione degli esiti delle indagini peritali, la quale presuppone evidentemente che il decidente sia in grado di valutare il merito della consulenza tecnica.

Invero, tale conclusione ha suscitato alcune perplessità giacché – ancora una volta – occorre chiedersi se anche l'attività di valutazione delle conoscenze esperte non implichi il possesso di quelle competenze tecniche e scientifiche che il giudice tradizionalmente non possiede. Autorevole dottrina ha definito tale nodo problematico come il “paradosso della consulenza tecnica, o più specificamente della prova scientifica”, giacché da un lato si prevede che il giudice debba nominare un consulente

¹²⁰ A. DONDI, V. ANSANELLI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 621 ss.; A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2005, 843 ss. Si veda, in tal senso, Cass. civ., sez. II, n. 14906/2011, secondo cui “La mancanza o l'invalidità della iscrizione nell'albo dei consulenti tecnici non è motivo di nullità della relativa nomina da parte del giudice, la cui scelta è insindacabile in sede di legittimità, così come quella di attenersi, in tutto o in parte, al relativo parere, ove la stessa sia sorretta da adeguata motivazione”. In senso conforme, v. Cass. civ., sez. III, n. 7622/2010, n. 6050/2010.

¹²¹ Si segnalano, sul punto, le osservazioni di V. PIRONI, *Prove scientifiche e processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 4/2013, 1267 ss.

¹²² Si vedano, *ex multis*, Cass. nn. 20540/2017, 1294/2017, 17757/2014, 18410/2013, 5148/2011, 11440/1997, 930/1992, 8256/1987, 3734/1983.

tecnico quando si avvede di non possedere le conoscenze specialistiche necessarie per l'apprezzamento dei fatti, e dall'altro si predica che il giudice, in qualità di *peritus peritorum*, abbia il primato sulla valutazione dell'attendibilità e della validità scientifica delle conclusioni cui è pervenuto il consulente¹²³.

Al fine di superare tale *impasse*, parte della dottrina invita a valorizzare il procedimento descritto dal novellato articolo 195, comma terzo, c.p.c., il quale potenzia il ruolo dei consulenti tecnici di parte nell'ottica della realizzazione di un contraddittorio *tecnico* nella formazione delle conoscenze esperte¹²⁴: il principio del contraddittorio viene così ad assumere una funzione non già meramente difensiva, bensì propriamente conoscitiva, atteggiandosi quale “metodo-strumento epistemico” tramite cui acquisire elementi idonei ad ampliare la base conoscitiva sulla quale il giudice fonderà la propria decisione¹²⁵. Una rafforzata dialettica tra i consulenti di parte e l'esperto consentirebbe, difatti, al giudice di svolgere un controllo più penetrante sui risultati dell'indagine peritale “tanto sotto il profilo della coerenza logica della complessiva elaborazione, che della affidabilità delle informazioni sotto il profilo tecnico-scientifico”¹²⁶. Secondo parte degli interpreti, tale attività di controllo dovrebbe iniziare già dalla formulazione del quesito da sottoporre al consulente, da attuare in modo scientificamente rigoroso e – se del caso – nel contraddittorio delle parti, così da delimitare correttamente l'ambito dell'indagine tecnico-scientifica che verrà deferita all'esperto¹²⁷. Verrebbe così a compiersi quel fenomeno giustamente definito

¹²³ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 1109-1110.

¹²⁴ La norma afferma che “La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'articolo 193. Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse”.

¹²⁵ C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali: problemi applicativi*, in *Rivista italiana di medicina legale e diritto in campo sanitario*, 1/2014, 23. Secondo l'A., affinché possa realizzarsi correttamente il contraddittorio nell'attività di consulenza si rende necessario “un approccio “sostanzialistico” da parte del giudice rispetto alle risultanze della C.T.U., un approccio cioè basato su una attenta analisi e comprensione dei contenuti della consulenza, dei rilievi compiuti dalle parti e, infine, del “peso e della considerazione effettivi” attribuiti dal C.T.U. alle contrapposte valutazioni dialettiche degli altri esperti coinvolti” (ID., *op. cit.*, 28).

¹²⁶ V. ANSANELLI, *op. cit.*, 1052; C. GAMBA, *op. cit.*, 18 ss.

¹²⁷ C. GAMBA, *op. cit.*, 24-25 e 33 ss.

“volgarizzazione della scienza”¹²⁸, mediante cui sopperire alla “soggezione specialistica”¹²⁹ in cui versa il giudice: si ripropone infatti anche nel processo civile il problema di come il giudice possa concretamente valutare l’attendibilità di cognizioni tecnico-scientifiche per la cui acquisizione ha appunto disposto la consulenza tecnica d’ufficio.

Tali considerazioni hanno imposto un significativo ripensamento del principio *iudex peritus peritorum*, giacché – come ha efficacemente osservato autorevole dottrina – nella prassi il giudice rischia di essere relegato al compito di “*servus peritorum*”¹³⁰. Si tratta evidentemente di un pericolo nient’affatto trascurabile, in quanto potenzialmente idoneo a compromettere le fondamenta costituzionali che sorreggono la funzione giurisdizionale, giacché – come si è visto – l’art. 101 Cost. prescrive che il giudice sia soggetto solo e soltanto alla legge e che la giustizia sia amministrata in nome del popolo.

Indubbiamente, la prassi giurisprudenziale – invalsa a partire dagli anni ‘80 – di ritenere soddisfatto l’obbligo motivazionale mediante una motivazione implicita o *per relationem* ai risultati della consulenza tecnica d’ufficio¹³¹ ha sostanzialmente avallato una esenzione del giudice dal dovere di esibire le specifiche ragioni del proprio convincimento, così aggravando i rischi sopra descritti: se infatti per un verso tale pratica impedisce alle parti di comprendere le ragioni dell’eventuale rigetto delle

¹²⁸ V. ANSANELLI, *op. loc. cit.*

¹²⁹ V. ANSANELLI, *op. loc. cit.* Si tratta, secondo DONES, di una sorta di preminenza culturale relativa dell’esperto nei confronti della generalità dei soggetti, che si manifesta in uno specifico campo del sapere (C. DONES, *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, Giuffrè, 1961, 3 ss.).

¹³⁰ V. ANSANELLI, *op. cit.*, 1060. Il pericolo della soggezione del giudice all’esperto era già stato paventato da V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 796-797; F. AULETTA, *op. cit.*, 43 ss.; L. SCOTTI, *Contributo tecnico-scientifico nel processo e discorso fra le “due culture”*, in *Documenti e giustizia*, 1995, 1051 ss.

¹³¹ Si veda, in tal senso, Cass. n. 522/1981 secondo cui “Il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico, esaurisce l’obbligo della motivazione con la indicazione delle fonti del suo convincimento, anche se non esamina particolarmente le contrarie deduzioni di parte che, anche non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte”. Tale orientamento viene successivamente modificato da Cass. n. 12080/2000, ove si afferma che “Il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, ai rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l’obbligo della motivazione con l’indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi sulle contrarie deduzioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte”.

argomentazioni di segno opposto avanzate dai propri consulenti¹³², per altro verso legittima un atteggiamento “dismissivo” dei giudici di merito, “troppo spesso pronti a delegare al consulente, attraverso pratiche distorte ed elusive, propri compiti esclusivi”¹³³. Occorre, tuttavia, sottolineare che il predetto indirizzo interpretativo ha conosciuto una deroga laddove le conclusioni elaborate dal consulente siano state specificamente contestate dalle parti: in questo caso, il giudice è obbligato a fornire “una precisa risposta argomentativa correlata alle specifiche critiche sollevate, corredando con una più puntuale motivazione la propria scelta di aderire alle conclusioni del consulente d’ufficio”¹³⁴.

In conclusione, quanto sinora illustrato induce a convenire con quella parte della dottrina che sollecita un maggiore dinamismo giudiziale nella formazione, nella utilizzazione e nella valutazione delle prove scientifiche¹³⁵. Ciò produrrebbe infatti un duplice avanzamento: sul piano processuale, nel senso di una rafforzata garanzia della qualità delle conoscenze esperte acquisite al fine della risoluzione delle vertenze ad elevata complessità tecnico-scientifica, idonea a stornare il rischio che lo svolgimento e l’esito del processo vengano compromessi e corrotti da una *junk science*; sul piano costituzionale, nel senso di fugare il pericolo che il giudice recepisca in maniera acritica gli esiti delle indagini peritali, così di fatto delegando la risoluzione della controversia all’esperto¹³⁶.

¹³² V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 1063-1064. Secondo Salomone, fortemente critico nei confronti di questa prassi interpretativa, “dietro l’etichetta di motivazione implicita si nasconde in realtà un’assenza di motivazione” (E. SALOMONE, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d’ufficio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2002, 1022).

¹³³ F. PANTALEONI, *L’obbligo del giudice civile di verificare il contenuto della relazione del consulente tecnico: la Cassazione stigmatizza ancora una volta la tendenza dei giudici di merito di delegare agli esperti propri compiti esclusivi*, in *Il Foro padano*, 3-4/1995, 170.

¹³⁴ Così da ultimo Cass. n. 12703/2015, nonché la conforme Cass. n. 1815/2015.

¹³⁵ V. ANSANELLI, *op. cit.*, 1068-1069. L’A. stigmatizza, in tal senso, una prassi giurisprudenziale che non assicura (e non si preoccupa di assicurare) in alcun modo l’utilizzazione di conoscenze esperte di qualità, “ossia standard elevati di affidabilità probatoria delle stesse, che derivino anche dal controllo della loro fondatezza sotto il profilo scientifico”. Proprio a questo fine, l’A. sollecita un rinnovamento dei meccanismi di selezione delle conoscenze esperte, idoneo a garantire un innalzamento delle garanzie di qualificazione e di capacità professionale dei soggetti che apportano nel processo il proprio sapere specialistico.

¹³⁶ Si segnalano, in tal senso, le attente osservazioni di Lombardo, il quale, paventando il rischio di una svalutazione del ruolo del giudice nell’accertamento del fatto, afferma che “... affinché il giudice non rimanga schiacciato dalla consulenza tecnica e non soggiaccia passivamente al suo esito, è necessario che l’acquisizione e l’utilizzazione delle conoscenze tecnico-scientifiche

Proprio in tal senso, merita senza dubbio menzione una recente (e isolata) pronuncia della I° sezione civile della Corte di Cassazione, ove si afferma che in tema di accertamento giudiziale della paternità, le linee guida di esecuzione delle indagini genetiche, dettate dalle principali associazioni internazionali di studiosi ed operatori della genetica forense, sebbene prive di forza cogente in quanto non tradotte in protocolli imposti da norme di legge o di regolamento, costituiscono regole comportamentali autoimposte e normalmente rispettate, volte ad assicurare, sulla base delle acquisizioni tecnico-scientifiche del tempo, risultati peritali attendibili e verificabili, sicché la loro inosservanza fa legittimamente dubitare della correttezza delle conclusioni esposte dal consulente tecnico di ufficio¹³⁷. Si tratta, senza dubbio, di una statuizione di estrema rilevanza ai fini che qui interessano, giacché le linee guida vengono elevate a parametro di valutazione dell'attendibilità della prova scientifica, offrendo così al giudice uno strumento fondamentale per evitare di adeguare passivamente la propria decisione alle risultanze della consulenza tecnica.

avvenga all'interno di un procedimento dominato dal principio del contraddittorio”(L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., 1119).

¹³⁷ Cass. civ., I sez., n. 16229/2015 (Pres. Luccioli; Est. Genovese). Meritano, in particolare, di essere riportati alcuni passaggi della pronuncia in parola, ove viene valorizzato il ruolo rivestito dalle c.d. linee guida ai fini della valutazione delle indagini genetiche condotte al fine dell'accertamento giudiziale della paternità: “[...] le obiezioni svolte dal ricorrente in sede di appello sono basate sul problema del rispetto delle c.d. linee guida di esecuzione delle indagini genetiche, così come dettate dalle principali associazioni internazionali di esperti ed operatori della genetica forense, ossia da autorevoli raggruppamenti associativi di studiosi ed operatori di tali tecniche di accertamento. Esse, sebbene non abbiano forza cogente - perché non sono tradotte in protocolli imposti dalla normativa di legge o di regolamento -, costituiscono regole comportamentali autoimposte da una gran parte di operatori e studiosi della materia in ragione del progresso scientifico e della delicatezza delle implicazioni che ne derivano (ossia dalla comunità tecnico-scientifica dei genetisti forensi) e, come tali, normalmente ottengono uno spontaneo rispetto, anche sulla base di codici deontologici che tali organismi normalmente danno ai propri associati, in uno con l'osservanza anche dei menzionati protocolli. [...] occorre legittimamente dubitare della conclusione raggiunta dai giudici di merito, sulla base di operazioni peritali svoltesi senza l'osservanza di quelle regole protocollari mirate ad assicurare risultati attendibili e verificabili, sulla base delle acquisizioni tecnico-scientifiche del tempo, considerato che la loro proclamazione nel procedimento civile viene a formare, sostanzialmente, il *dictum* giudiziale”. Si segnalano, sul punto, gli interessanti commenti di G. CASABURI, (*In tema di dichiarazioni di “status”*), in *Il Foro italiano*, 10/2015, 3110 ss.; P. VIRGADAMO, *Dichiarazione giudiziale di paternità e valore delle linee guida di esecuzione delle indagini genetiche tra fonti del diritto, prove presuntive e profilo motivazionale del provvedimento giudiziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2016, 301 ss.

CAPITOLO QUARTO

IL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Premessa introduttiva. 2. La nozione di discrezionalità tecnica: per una ricostruzione storico-evolutiva della categoria. 3. Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica: dalla tradizione all'innovazione. 4. Il modello delle Autorità amministrative indipendenti: il caso dell'Autorità Antitrust.

1. Premessa introduttiva

Esaurita dunque la disamina dell'interazione tra giudice e prova scientifica all'interno del processo penale e del processo civile, è ora il momento di rivolgere l'attenzione alla giurisdizione amministrativa, rispetto alla quale il rapporto tra diritto e questioni tecnico-scientifiche assume un rilievo e una coloritura del tutto peculiari, connessi alla conformazione e alla funzione proprie di tale giudizio.

In via preliminare, occorre chiarire che il tipo di sapere specialistico che accede nel processo amministrativo è un sapere di tipo *tecnico*, legato cioè alla dimensione pratico-applicativa delle scienze esatte: si pensi, ad esempio, all'economia, all'ingegneria o alla medicina, i cui statuti epistemologici attingono alle discipline della matematica, della fisica, della biologia e della chimica. Tanto la normativa interna, quanto la disciplina europea impiegano infatti assai di frequente concetti giuridici indeterminati, i quali rinviano a nozioni di carattere tecnico-scientifico con cui il potere amministrativo è chiamato a confrontarsi¹.

Senza qui anticipare riflessioni che troveranno migliore collocazione nel corso della trattazione, si vorrebbe sin da subito definire la cornice teorica entro la quale si

¹ F. MERUSI, *Variazioni su scienza e tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, 973-974. Secondo l'A., il frequente utilizzo di concetti giuridici indeterminati, i quali – lo si precisa – vincolano l'esercizio del potere amministrativo delle amministrazioni dei singoli Stati membri, risponde ad una duplice esigenza: da un lato, quella di garantire uniformità e armonizzazione nella ponderazione degli interessi, a scapito della discrezionalità propria delle singole amministrazioni statali, dall'altro, quella di assicurare una tutela adeguata ed effettiva ai diritti fondamentali – *in primis*, la libertà economica – dinanzi ai quali il potere amministrativo non può conservare un margine di arbitrio (ID., *op. cit.*, 974-975). Per maggiore approfondimento sul tema dei concetti giuridici indeterminati, v. *infra*.

inscrive il tema che si è scelto di esaminare: l'interazione tra tecnica e processo amministrativo conosce, infatti, la sua manifestazione più emblematica nel sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. Trattasi di una tematica di elevata complessità, che ha impegnato – sin dagli inizi del secolo scorso – la migliore dottrina, nonché la giurisprudenza amministrativa e ordinaria e che tuttora costituisce indubbiamente uno dei nodi più problematici dell'attuale dibattito amministrativistico.

L'intenzione di chi scrive è quella di sviluppare una riflessione intesa ad approfondire tre specifici profili: l'evoluzione interpretativa della nozione di discrezionalità tecnica, il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica a mente della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il modello delle Autorità amministrative indipendenti, con particolare riferimento al sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust, quale archetipo delle dinamiche sinora tratteggiate.

2. La nozione di discrezionalità tecnica: per una ricostruzione storico-evolutiva della categoria

Il tema prescelto impone di svolgere alcune considerazioni preliminari intorno all'oggetto su cui si esplica il sindacato del giudice amministrativo, ossia la cosiddetta discrezionalità tecnica esercitata dalla pubblica amministrazione: si tratta di una categoria problematica e sfuggente, della quale si tenterà di ricostruire i contorni alla luce dei contributi dottrinali esaminati.

In via di prima approssimazione, preme segnalare che autorevole dottrina definisce la discrezionalità tecnica come quella forma di discrezionalità, priva di contenuto volitivo, che pertiene all'amministrazione allorché “sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, e si riduce ad un'attività di giudizio a contenuto scientifico, effettuata da chi possiede specifiche competenze tecniche”².

Se può convenirsi sul fatto che quella appena riportata è una definizione tendenzialmente condivisa di discrezionalità tecnica, occorre tuttavia anticipare che tale concettualizzazione ha conosciuto una significativa evoluzione dagli inizi del '900 sino ad oggi, la quale riflette cambiamenti intervenuti nella realtà sociale ed economica

² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 19° ed., Milano, Giuffrè, 2017, 387.

che hanno inevitabilmente attinto le tradizionali categorie giuridiche, sollecitandone un aggiornamento, se non – talora – una vera e propria riedizione.

Siffatta indagine, lungi dal perseguire intenti meramente speculativi, appare strettamente funzionale a comprendere l'ampiezza e l'intensità del sindacato che il giudice amministrativo può svolgere sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione, le quali – lo si anticipa – per lungo tempo sono state ritenute insindacabili tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza.

A ben vedere, lo sforzo profuso dalla dottrina classica nella ricostruzione dogmatica e sistematica della categoria della discrezionalità tecnica ha prodotto esiti esegetici eterogenei, che giungevano a negare alla stessa autonomia scientifica per ricondurla nell'alveo della discrezionalità pura o dell'attività interpretativa.

Negli anni '10 del secolo scorso, Presutti dedicò un saggio al concetto di discrezionalità³, manifestando interesse per un tema – quello della discrezionalità tecnica – all'epoca poco studiato dagli amministratori⁴. Secondo l'Autore, il tratto comune della discrezionalità tecnica e della discrezionalità pura doveva essere individuato nella sottrazione al sindacato giurisdizionale di legittimità, in ragione della mancanza di un termine di confronto rispetto al quale verificare la conformità dell'atto al diritto oggettivo⁵. Invero, mentre la discrezionalità pura rappresentava “qualche cosa di connaturale all'organismo statale, così complicato e differenziato, munito come è di appositi organi, i quali sono deputati a tutelare i vari interessi pubblici”⁶, la discrezionalità tecnica veniva invece rappresentata come un istituto tralatizio e ormai

³ Per maggiore approfondimento sul concetto di discrezionalità, v. *infra*.

⁴ E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910, 10 ss.

⁵ E. PRESUTTI, *op. cit.*, 15-16. L'A. puntualizza, tuttavia, che mentre la discrezionalità pura connota tanto gli atti amministrativi di diritto pubblico, quanto quelli di diritto privato posti in essere dalle pubbliche amministrazioni, lo stesso non può affermarsi con riguardo alla discrezionalità tecnica, che concerne esclusivamente gli atti di diritto pubblico.

⁶ E. PRESUTTI, *op. cit.*, 19. Secondo l'A., l'atto amministrativo presenta un intento immediato, ossia il suo oggetto, e un intento ulteriore, cioè la sua causa, rappresentata dal pubblico interesse concreto che verrà soddisfatto mediante la realizzazione degli effetti giuridici che l'atto determina (ID., *op. cit.*, 28-32). Evidentemente, “spetta all'autorità che emana l'atto esaminare se nel caso singolo ricorrono quelle condizioni di fatto e quell'interesse pubblico che costituiscono la sola causa lecita dell'atto” (ID., *op. cit.*, 41), giacché la pubblica amministrazione, rivestendo una posizione di superiorità rispetto ai singoli, è chiamata a stabilire in modo insindacabile “se una qualità, un attributo, un carattere, cui una norma riconnette il sorgere di un dato effetto giuridico, si presenti in grado tale da far sorgere realmente tale effetto” (ID., *op. cit.*, 51).

poco giustificato, “ultimo ineliminabile residuo dei grandi, estesi ed incontrollati poteri, che dovette arrogarsi il potere regio nel così detto Stato di polizia per por fine al regime feudale”⁷.

In senso parzialmente difforme, Cammeo riteneva che la discrezionalità tecnica potesse configurarsi unicamente in relazione ai cosiddetti *fatti complessi*, cioè quei fatti suscettibili di un particolare apprezzamento di qualità e di condizioni la cui valutazione pertiene in via esclusiva agli organi amministrativi⁸. La sussistenza di fatti complessi doveva peraltro coniugarsi alla presenza di “norme vaghe e imprecise, le quali presuppongono l’esistenza di fatti valutabili secondo criteri tecnici in relazione all’interesse specifico della pubblica amministrazione”⁹.

A ben vedere, in questa originaria prospettiva, la tecnica viene intesa non già quale criterio tecnico o scientifico proprio di un sapere specialistico estraneo all’oggetto primario dell’attività amministrativa, bensì “come meccanismo di precisazione della norma imprecisa attraverso il doveroso riferimento al significato dei termini del linguaggio tecnico giuridico o ai criteri *normativi* (nel senso di indicati dalla norma) di tecnica amministrativa”¹⁰.

⁷ E. PRESUTTI, *op. cit.*, 20. Secondo l’A., la discrezionalità tecnica può essere esercitata solo laddove la fattispecie presenti una qualità o un carattere di intensità variabile tra un massimo e un minimo: in tali ipotesi, compete all’organo amministrativo stabilire se la predetta qualità o il predetto carattere sussistono in misura tale da consentire l’emanazione dell’atto (E. PRESUTTI, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911, 290).

⁸ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l’apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902, 275 ss. Secondo l’A., “una norma giuridica presuppone sempre ed esprime sempre il presupposto che determinati fatti si verifichino per la sua applicazione” e “i fatti presupposti possono essere *semplici*, cioè accertabili o apprezzabili secondo il comune buon senso e la comune cultura giuridica, o *complessi*, cioè valutabili secondo più lati criteri tecnico-amministrativi (ID., *op. cit.*, 277). A ben vedere, la distinzione operata da Cammeo tra fatti semplici e fatti complessi fu criticata da una parte della dottrina, la quale evidenziò la difficoltà di cogliere in modo chiaro il criterio di classificazione proposto dall’A. (E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit., 45-47; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1957, 96).

⁹ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1910, 774 ss. Esempi di nozioni vaghe e imprecise sono “ordine pubblico”, “terre incolte” o ancora “superficie complessiva che può essere coltivata dalla famiglia del proprietario”. Indubbiamente, tale ricostruzione dogmatica presenta una certa assonanza con la dottrina tedesca dei giudizi di valore su concetti giuridici indeterminati, che ha incontrato una certa fortuna anche presso la dottrina italiana. Per maggiore approfondimento sul punto, v. *infra*.

¹⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 136-137. L’A. puntualizza che in tale contesto la tecnica rileva “come negazione del potere di

In epoca immediatamente successiva, la dottrina maggioritaria assunse un atteggiamento di voluto e aperto superamento delle posizioni anzidette, profilando la discrezionalità tecnica quale *species* dell'unitario *genus* della discrezionalità amministrativa¹¹. Anche nel caso della valutazione tecnica, il giudizio amministrativo sarebbe infatti chiamato a svolgere un apprezzamento dell'interesse pubblico, il quale, essendo riservato all'autorità deputata a provvedere, rimane sottratto al sindacato giudiziale¹².

La evidente difficoltà di assicurare un fondamento scientifico alla categoria della discrezionalità tecnica indusse anche la dottrina successiva – a partire dalla seconda metà del secolo scorso – a negare alla figura in esame autonomia dogmatica sulla base di differenti argomentazioni.

scelta pieno proprio, invece, dell'attività discrezionale (pura), appunto come non-scelta", senza recare neppure *in nuce* la valenza di sapere oggettivo, governato da regole certe e indiscutibili.

¹¹ In senso contrario, si può registrare un orientamento, rimasto piuttosto isolato, che tendeva invece a configurare la discrezionalità tecnica come l'indagine tesa ad accertare la capacità intrinseca del mezzo a produrre l'effetto voluto; in tal senso, il giudizio tecnico circa l'adeguatezza del mezzo doveva ritenersi definitivo per l'autorità amministrativa (P. DEL PRETE, *La discrezionalità della Pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, Pansini, 1941, 46 ss.). Invero, l'A. pare smussare la rigidità della tesi suesposta, affermando che il giudizio tecnico è sì definitivo quando viene accolto dall'autorità amministrativa per essere, dunque, posto a fondamento dell'atto, ma lo stesso non può invece valere quando il giudizio tecnico venga respinto dall'amministrazione, la quale sarà in ogni caso tenuta a motivare il proprio rigetto. Tale posizione è stata criticata da VIRGA, il quale ha evidenziato che "il giudizio circa la adeguatezza di un mezzo a conseguire il fine voluto non è altro che un giudizio di merito", di talché la discrezionalità tecnica finirebbe per identificarsi con il merito (P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit., 98).

¹² O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, vol. 1, Napoli, Piero, 1912, 350 ss.; ID., *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, 360 ss. La ricostruzione di Ranalletti ha, senza dubbio, il merito di aver introdotto una nuova definizione del concetto di discrezionalità, idonea a ricomprendere tutti gli apprezzamenti della pubblica amministrazione che implicano la valutazione "degli interessi collettivi, siano questi della vita dello Stato come unità a sé, siano popolari" (ID., *Principi di diritto amministrativo*, cit., 367). Conseguentemente, secondo l'A. non vi è ragione di distinguere tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, giacché "la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica" (ID., *op. ult. cit.*, 369). Come sottolineato da De Pretis, nel momento in cui la discrezionalità tecnica viene ricondotta nell'alveo della discrezionalità amministrativa, l'interesse per la natura "tecnica" dell'attività scema: "non essendovi da distinguere fra le diverse specie dell'attività discrezionale né sotto il profilo concettuale definitorio, né sotto il profilo del trattamento giuridico, non sembra esservi ragione di soffermarsi sulle peculiarità della discrezionalità tecnica connesse al tipo di criteri applicati" (D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 156).

Pur ammettendo la possibilità di individuare un momento tecnico nel procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione, Virga negò che potesse prospettarsi una netta contrapposizione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, poiché il "sussidio dell'indagine tecnica" finiva per compendiarsi o con l'accertamento dei presupposti, autonomo e anteriore rispetto alla scelta discrezionale, o con il merito del provvedimento discrezionale, cioè con la stessa opportunità e convenienza dell'azione amministrativa¹³. Sulla base di tale premessa, l'Autore giungeva alla conclusione che l'unico argine per il sindacato giurisdizionale di legittimità fosse rappresentato non già dalla discrezionalità tecnica, bensì proprio dal merito dell'atto amministrativo, giacché "non si tratta di stabilire dove finisce la discrezionalità pura e dove comincia la discrezionalità tecnica, ma si tratta di precisare dove finisce il campo dei vizi di legittimità e dove invece comincia l'ambito del merito del provvedimento amministrativo"¹⁴.

Le medesime perplessità circa la configurabilità di una categoria particolare di discrezionalità tecnica vennero espresse da Mortati, il quale, muovendo dal presupposto di raffigurare la discrezionalità come parte della teoria delle fonti e dell'interpretazione, redasse l'impegnativa voce "Discrezionalità" del *Novissimo Digesto*¹⁵. Muovendo dal presupposto che la ragione politica del conferimento di potere

¹³ P. VIRGA, *op. cit.*, 99-101. Secondo l'A., "si tratta di vedere in quale momento della determinazione discrezionale incida l'apprezzamento tecnico": se, infatti, le cognizioni tecniche vengono impiegate solo nella fase preparatoria o istruttoria del procedimento, allora si tratterebbe non già di una discrezionalità tecnica, bensì dell'*accertamento tecnico* di un presupposto; qualora invece l'utilizzo delle cognizioni tecniche si innestasse esclusivamente nella fase della determinazione volitiva che conduce a preferire una soluzione ad un'altra, ci troveremmo di fronte ad un *provvedimento discrezionale* (P. VIRGA, *op. cit.*, 97-98). Secondo l'A., tale è il "dilemma" con cui i sostenitori della tesi della discrezionalità tecnica debbono necessariamente confrontarsi.

¹⁴ P. VIRGA, *op. cit.*, 101. Per tale ragione, secondo l'A. tanto le valutazioni tecniche quanto le valutazioni di mera opportunità amministrativa sono sottratte al sindacato di legittimità non già perché presuppongono apprezzamenti tecnici, bensì poiché rientrano nelle determinazioni di merito dell'amministrazione (ID., *op. cit.*, 102). A conforto della propria tesi, Virga riporta l'esempio delle licenze di costruzione rilasciate dal Sindaco, previo parere tecnico della commissione edile comunale. Benché tale apprezzamento di carattere tecnico non sia sindacabile in sede di legittimità, la giurisprudenza ha ritenuto l'illegittimità di un diniego di licenza fondato su considerazioni di carattere estetico-urbanistiche. Ad avviso dell'A., ciò dimostrerebbe che la valutazione tecnica, pur non essendo sindacabile sotto il profilo del merito, risulta in ogni caso censurabile nel giudizio di legittimità per eccesso di potere (ID., *op. cit.*, 103).

¹⁵ C. MORTATI, *Discrezionalità*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, Utet, 1960, 1099.

discrezionale dovesse rinvenirsi nell'esigenza di adeguamento della disciplina di determinati rapporti alle situazioni concrete in cui essi nascono, Mortati affermò che la discrezionalità presentava un carattere ibrido, discendente dalla "commistione dell'elemento del vincolo derivante dalla funzione, con quello della libertà nella ricerca dei mezzi attraverso cui essa deve trovare soddisfazione"¹⁶. In tal senso, egli ritenne che le operazioni necessarie all'accertamento del corretto esercizio della discrezionalità fossero assimilabili a quelle richieste nell'*interpretazione integrativa*, il che rendeva – a suo avviso – pressoché incomprensibile la ragione della sottrazione al sindacato di legittimità (della Corte di Cassazione) di eventuali violazioni delle massime di esperienza, alle quali la legge rinviava in modo diretto o indiretto, in cui fosse incorso il giudice di merito¹⁷.

Sulla scorta di tali considerazioni, Mortati – così allineandosi alla posizione espressa da Virga – giunse a respingere la contrapposizione tra una discrezionalità tecnica, "esplicabile sulla base di regole o cognizioni desunte da scienze esatte o da arti che ne costituiscono applicazione", ed una discrezionalità pura, "condizionata a giudizi di convenienza amministrativa", ritenendola fuorviante e soprattutto poco utile al fine della delimitazione dell'ampiezza del sindacato di legittimità sugli atti amministrativi¹⁸. Decisiva nella demarcazione della linea di confine tra merito e

¹⁶ C. MORTATI, *op. cit.*, 1099-1100. Secondo l'A., i presupposti della discrezionalità sono due: "il carattere funzionale del potere [...], da cui deriva l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione" e "la mancanza o la incompletezza delle predisposizioni normative relative ai comportamenti da seguire per soddisfare nei singoli casi gli interessi per cui il potere è conferito". Nelle ultime pagine della trattazione, l'A. giunge, pertanto, ad enucleare un concetto unitario di discrezionalità, cui è riconducibile "ogni specie di attività vincolata ad un fine trascendente l'interesse dell'agente, quale che sia il campo in cui l'attività stessa si esplica": dai rapporti di diritto privato, all'attività giurisdizionale, sino all'attività normativa (ID., *op. cit.*, 1108-1109).

¹⁷ C. MORTATI, *op. cit.*, 1105-1106. Ad avviso dell'A. l'interpretazione integrativa ricorre sia laddove "la legge si limiti a tracciare una cornice destinata ad essere riempita attraverso una ricerca degli elementi teleologici in essa contenuti, da effettuare con riferimento alle circostanze specifiche che la situazione concreta da regolare presenta", sia allorché "la legge lasci incompleto un elemento della fattispecie da essa previsto (incompletezza che si ha anche quando l'elemento sia indicato con formule elastiche) ed il completamento si debba compiere dall'interprete attraverso un giudizio di correlazione fra le esigenze tenute presenti dal legislatore nella formulazione della norma e la situazione concreta".

¹⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, 1108. L'A. ritiene, infatti, che la discrezionalità non vari a seconda della natura o del contenuto delle regole necessarie per provvedere alla cura dell'interesse pubblico, bensì in base al tipo di interesse pubblico alla cui soddisfazione essa si rivolge. Il ricorso a cognizioni tecniche può infatti rivelarsi necessario in ognuna delle fasi in cui si esplica

legittimità si rivelava, piuttosto, l'individuazione del momento in cui interveniva l'apprezzamento tecnico: laddove le cognizioni tecniche fossero state impiegate al fine di accertare l'insussistenza del presupposto di fatto assunto a base della decisione o l'incongruenza tra motivo dichiarato e fine da perseguire, allora si sarebbe rimasti nel campo della legittimità; l'eventuale utilizzazione delle norme tecniche ai fini dell'apprezzamento dell'idoneità stessa dell'atto discrezionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico sarebbe invece sconfinata nel merito amministrativo, come tale insindacabile¹⁹.

Invero, le tesi di Mortati si scontrarono con l'elaborazione teorica di un altro grande maestro del diritto amministrativo, Giannini, il quale – come noto – dedicò una delle sue prime opere monografiche al tema del potere discrezionale della pubblica amministrazione²⁰.

A ben vedere, la riflessione di Giannini si incentrò prevalentemente sulla ricostruzione dello statuto teorico della discrezionalità, definita la “sostanza più squisita dell'attività amministrativa”²¹, in quanto “solo col lasciare un margine libero all'autorità si rende possibile la ponderazione stessa dell'interesse che a quella è affidato come cura, una volta che tale interesse, per una nota legge sociologica, in tanto esiste, in quanto vi sono altri interessi cui ordinarlo”²². Quest'ultima categoria di

il potere discrezionale: l'accertamento dell'esistenza del fatto, l'apprezzamento del suo rilievo rispetto all'interesse da tutelare e la decisione sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento pubblico.

¹⁹ C. MORTATI, *op. loc. cit.*

²⁰ Il riferimento è all'opera di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

²¹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 78. L'A. ritiene infatti che l'attività amministrativa consista “nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato”; la parte più delicata di tale operazione risiede proprio nella ponderazione dell'interesse pubblico con altri interessi specifici. Evidentemente, l'A. precisa che “la discrezionalità non coincide con tutto l'agire libero dell'amministrazione (come si riteneva una volta); è solo una parte di esso, quella che attiene all'amministrazione quando agisce come autorità. Quando l'amministrazione agisce come soggetto di diritto comune, ha autonomia privata, non discrezionalità” (ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 51).

²² M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77. Ad avviso dell'A., l'apprezzamento discrezionale consiste per l'appunto “in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie” (ID., *op. cit.*, 74). Secondo autorevole dottrina, i meriti dell'opera di Giannini sono stati, da un lato, quello di “aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa”, profilandola invece come figura tipica dell'azione amministrativa, e dall'altro, quello di aver chiarito la stretta interrelazione tra discrezionalità e interesse

interessi, cioè quella dei cosiddetti *interessi secondari*, comprendeva quegli interessi che l'autorità amministrativa è tenuta a ponderare stante la loro capacità di alterare il valore del cosiddetto *interesse essenziale*, ossia l'interesse pubblico affidato in via primaria alla cura dell'autorità²³. Invero, Giannini non riservò grande considerazione al tema della discrezionalità tecnica nella celebre monografia del 1939, ove si limitò a puntualizzare che si trattava di “una discrezionalità in senso proprio, solo determinata mediante categorie. Talora concorrono con essa delle categorie tecniche, ma si tratta allora di problemi del tutto diversi”²⁴. In epoca successiva, l'Autore dedicò qualche riflessione più specifica al tema in parola²⁵, affermando che mentre la discrezionalità “pura” si riferisce ad una potestà e implica giudizio e volontà insieme, la discrezionalità “tecnica” attiene ad un momento conoscitivo e comporta solo giudizio, al quale segue una volizione sorretta da una valutazione discrezionale o vincolata²⁶.

Degna di nota è, indubbiamente, la ricostruzione offerta da Giannini della genesi della nozione di discrezionalità tecnica, ancorata – a suo avviso – a ragioni eminentemente processuali: secondo l'Autore, “si volle che il giudice amministrativo,

pubblico (F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2000, 1046, 1051, 1067).

²³ M. S. GIANNINI, *op. loc. cit.* Secondo l'A., la ponderazione degli interessi configura “un'attività intellettuale”, occorrendo comprendere e stabilire come l'interesse essenziale si atteggi rispetto agli interessi secondari rilevanti; diversamente, la determinazione del valore dei diversi interessi in gioco si risolve in un'attività volitiva, giacché l'autorità, assumendo come regola la gerarchia dei valori fissata, stabilisce il contenuto dell'atto amministrativo limitatamente ai punti rispetto ai quali è titolare di un potere discrezionale (ID., *op. cit.*, 79-80).

²⁴ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 163. L'A. rivolse, peraltro, alcune critiche agli “sviluppi inesatti” delle tesi avanzate in dottrina”, specie a fronte della confusione provocata tra “fatto della legge generale (quindi variabile), ma non apprezzabile, che dà semplice margine nell'accertamento del fatto, e fatto variabile e apprezzabile, che dà invece discrezionalità”.

²⁵ M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, 3.1. *L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967, 48-51. Invero, occorre puntualizzare che – secondo l'A. – la locuzione “discrezionalità tecnica” è il frutto di “un errore storico della dottrina”, che ha consentito a tale locuzione di entrare nell'uso comune; tuttavia, l'A. ammette che ormai “chi la impiega, di solito sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità «pura» o «amministrativa»” (ID., *op. cit.*, 49).

²⁶ M. S. GIANNINI, *op. loc. cit.* L'A. riporta l'esempio dell'accertamento della tossicità di una sostanza, a seguito del quale l'autorità provvederà, ad esempio, a disporre il ritiro dal commercio, ad ordinarne la distruzione o a vietarne l'uso. Secondo l'A., i giudizi di discrezionalità tecnica coinvolgono ormai tutte le discipline umane: “scienze fisiche (p. es. acustica di una sala), chimiche (p. es. acidità di un grasso), biologiche (p. es. vitalità di un neonato), dell'ingegneria (p. es. resistenza di un manto stradale), geologiche (p. es. coltivabilità di una miniera), e così via”. Nello stesso senso, v. anche ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 54-58.

se del caso mediante perizia (oggi consulenza tecnica) potesse sindacare quelle zone dell'attività amministrativa dominate dai giudizi scientifici e non dai giudizi di opportunità²⁷. Si tratta di una riflessione dotata di grande forza anticipatrice, giacché – come si vedrà nel corso del capitolo – il rafforzamento del ruolo dell'istruttoria nel giudizio di legittimità mediante l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio consentirà al giudice amministrativo di esercitare un sindacato sulla discrezionalità tecnica non più meramente estrinseco, bensì intrinseco²⁸.

Da ultimo, pare doveroso includere nella presente riflessione l'opera di Bachelet, il quale dedicò un'intera monografia al tema dell'attività tecnica della pubblica amministrazione in un'epoca storica – la fine degli anni '60 – in cui come si è visto la questione della discrezionalità tecnica non appassionava grandemente la dottrina italiana²⁹.

Bachelet riteneva che il problema della discrezionalità tecnica fosse scaturito da un equivoco di carattere metagiuridico, e cioè la “mitica convinzione della necessaria univocità e perfezione delle soluzioni che la scienza e la tecnica possono offrire a determinati problemi”; tale questione aveva poi assunto un qualche rilievo in relazione ai “casi c.d. complessi”, laddove la ampiezza e la varietà dei problemi tecnici sollevati dalla fattispecie impedivano di individuare una soluzione univoca richiedendo pertanto il ricorso a valutazioni discrezionali.³⁰

Consapevole della varietà delle elaborazioni teoriche proposte sino a quel momento dalla dottrina, l'Autore ricostruì il concetto di discrezionalità tecnica a partire dalla giurisprudenza costituzionale, profilandolo dunque non già quale limite alla

²⁷ M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 51. L'A. ebbe, tuttavia, a precisare che il giudizio tecnico non deve essere confuso con la perizia, giacché “anche quando il giudizio tecnico spetta ad organo diverso da quello competente a decidere, esso non è integrazione di esperienza altrui mediante esperienza organizzata propria, come la perizia”. Inoltre, pur a fronte dell'ampliamento dell'ambito di intervento della giurisprudenza, permangono aree riservate all'autorità, e dunque sottratte al controllo giudiziale, quelle dei giudizi tecnici valutativi.

²⁸ Si rinvia sul punto alla trattazione che verrà svolta nei paragrafi 3 e 4 del presente capitolo.

²⁹ Il riferimento è all'opera V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967.

³⁰ V. BACHELET, *op. cit.*, 37-38. Evidentemente, l'A. allude alla teorica di Cammeo, che sottopone ad un esame critico, giungendo alle medesime conclusioni formulate da Virga: il tema della discrezionalità tecnica viene, in definitiva, ricondotto all'alternativa tra accertamento tecnico, come tale non implicante alcun esercizio di potere discrezionale e discrezionalità pura, che impone invece una ponderazione tra le diverse valutazioni tecniche e le valutazioni di opportunità, da comparare in funzione dell'interesse pubblico (ID., *op. cit.*, 39-41).

cognizione del giudice amministrativo, bensì quale limite della stessa discrezionalità amministrativa, collegata nel suo esercizio ad apprezzamenti e giudizi tecnici³¹. Invero Bachelet, pur giungendo alle medesime conclusioni scettiche di Mortati e di Giannini, i quali – lo si ricorderà – negarono autonomia scientifica alla nozione di discrezionalità tecnica, ritenne di poter conservare tale categoria a patto di intenderla come “quella discrezionalità della pubblica amministrazione che è circoscritta o limitata dal doveroso riferimento a criteri tecnici, esplicitamente o implicitamente imposti dal legislatore”³².

Orbene, la ricostruzione del pensiero classico sopra esposta pare restituire un dato di sintesi univoco e cioè la refrattarietà della dottrina a riconoscere autonomia scientifica alla categoria della discrezionalità tecnica: ciò appare, peraltro, confermato dallo scarso interesse manifestato dagli operatori del diritto nei confronti di questa figura, ritenuta tanto sfuggente quanto inutile al fine della delimitazione del sindacato giurisdizionale del giudice di legittimità.

In tempi più recenti, le coordinate del dibattito teorico iniziano lentamente a mutare: se, da un lato, parte della dottrina conserva un atteggiamento di sostanziale diffidenza nei confronti della categoria della discrezionalità tecnica³³, dall'altro, le

³¹ V. BACHELET, *op. cit.*, 50- 64. L'A. valorizza, in particolare, alcune pronunce della Corte costituzionale comprese tra fine anni '50 e inizio anni '60, nelle quali il giudice delle leggi afferma espressamente che, allorquando il potere dell'amministrazione presenta un collegamento con elementi di natura tecnica, che ne delimitano l'ampiezza, si determina una compressione della libertà di apprezzamento per l'atto da emanare (ID., *op. cit.*, 58 e in particolare nota 114 e nota 115).

³² V. BACHELET, *op. cit.*, 65. Ne consegue la assoggettabilità dell'attività amministrativa al sindacato del giudice ordinario.

³³ Secondo Cerulli Irelli, la nozione di discrezionalità tecnica intesa non già come categoria meramente descrittiva, bensì come attività discrezionale sottratta al sindacato di legittimità è priva di fondamento scientifico. L'A. ritiene infatti che si tratti di una questione di interpretazione, che impone di “guardare alla norma istitutiva del potere, se e in quali limiti essa ha affidato la cura di uno specifico interesse pubblico ovvero dei meri compiti di adempimento e di attuazione della legge”. Secondo l'A., nelle ipotesi in cui la norma fa riferimento ad un “fatto complesso”, come nel caso di settori a forte valenza tecnica o culturale, spesso non vi è alcuna attribuzione di discrezionalità in capo all'amministrazione; di conseguenza, l'abbandono della nozione di discrezionalità tecnica, nella sua portata positiva, non comporterebbe conseguenze rilevanti, se non quella di consentire la “sindacabilità dei presupposti di natura tecnica della scelta discrezionale che in tali settori giocano un ruolo particolarmente importante (V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 488, 495-496). Nello stesso senso, v. anche Vacirca, secondo il quale la figura della discrezionalità tecnica si pone in contrasto con il fondamentale principio di legalità dell'azione amministrativa (G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1573 ss.). Anche Ledda – come

nuove sfide imposte dal progresso scientifico e tecnologico ridestano l'interesse per il rapporto tra la tecnica e il potere stante la rilevanza che la tecnica viene ad assumere nella regolazione giuridica.

Superando lo schema classico del rinvio della norma giuridica alla regola tecnica³⁴, vengono individuati diversi modi in cui la norma tecnica acquista rilevanza per l'ordinamento giuridico: talvolta viene quasi riprodotta o riscritta nel testo normativo, talaltra è soltanto evocata dalla norma giuridica, molto spesso concorre alla stessa formazione del concetto giuridico, altre volte ancora consente di determinare il contenuto di clausole generali o la portata di concetti giuridici imprecisi³⁵. Inizia, pertanto, ad affiorare la convinzione che "il diritto faccia propria la normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò stesso in normatività giuridica"³⁶: evidentemente, revocando in dubbio la convinzione che la tecnica consenta al diritto di attingere una verità assoluta, si afferma l'idea che la tecnica possa offrire una verità solamente relativa e provvisoria, valida finché non smentita da nuove indagini scientifiche³⁷.

meglio si vedrà nel prossimo paragrafo – invita a confrontarsi con la necessità di stabilire se e in quale senso la tecnica possa considerarsi come un limite al potere stesso, denunciando l'esigenza di ampliare lo spazio di sindacabilità in sede amministrativa delle questioni tecniche, "specie per quanto attiene alla completezza dell'attività istruttoria e alla coerenza del ragionamento svolto per giustificare una certa scelta dell'amministrazione" (F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 422 ss.).

³⁴ Il meccanismo del rinvio è richiamato, in particolare, da Mortati, il quale accomuna le regole tecniche agli altri criteri da osservare nell'esercizio della discrezionalità (C. MORTATI, *op. cit.*, 1106 ss.). Nello stesso senso, v. anche Romano, che raffigura le norme tecniche come regole sussidiarie alle norme giuridiche, in quanto "richiamate" o "sottintese" dal diritto (S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1930, 37 ss.).

³⁵ F. LEDDA, *op. cit.*, 396-398.

³⁶ F. LEDDA, *op. cit.*, 387. L'A. rammenta, infatti, che le norme sull'attività amministrativa impongono non soltanto divieti, ma anche vincoli di contenuto positivo, mediante l'indicazione degli interessi pubblici che l'amministrazione è chiamata a realizzare. E proprio la tecnica riesce spesso a determinare il comportamento più adeguato per il raggiungimento del risultato pratico prescritto dalla norma. Ne consegue che, in tali ipotesi, il rinvio esplicito o implicito alla norma tecnica non risulta indispensabile, "giacché la tecnica rispecchia quella stessa conoscenza dei fatti, senza la quale non può aversi «comprensione» vera d'una qualsiasi norma del diritto" (ID., *op. cit.*, 390-391).

³⁷ F. LEDDA, *op. cit.*, 392, 430-432. Secondo l'A., "neanche il diritto può pretendere che la scienza e la tecnica gli garantiscano impossibili certezze; esso non può che assumere le diverse tecniche in quella loro «vigenza», e in quel valore regolativo, che secondo le scienze di base può ad esse riconoscersi in attesa di nuove acquisizioni" (ID., *op. cit.*, 432).

Sulla scorta dell'elaborazione dell'ultimo Giannini, si registra dunque uno spostamento dell'attenzione della dottrina sulla natura "tecnica" del giudizio condotto dall'amministrazione, di talché il nodo definitorio e concettuale del fenomeno della discrezionalità tecnica diviene "quello del suo essere un giudizio consistente nell'applicazione di «regole tecniche»"³⁸.

Viene, così, profilandosi una nozione di discrezionalità tecnica che rinviene il proprio fondamento in regole di carattere tecnico, le quali tuttavia non sono comprovabili in maniera universalmente accettata, risultando pertanto riconducibili nell'alveo dell'opinabilità³⁹. Proprio questo suo carattere anfibologico, che impedisce di ricomprenderla sia all'interno delle certezze giuridiche sia all'interno delle certezze scientifiche, ha indotto la più recente dottrina a collocare la discrezionalità tecnica nella "zona grigia tra diritto e tecnica", ossia in quello spazio in cui si situano le valutazioni amministrative basate su norme giuridiche recanti concetti giuridici indeterminati di carattere tecnico e opinabile⁴⁰.

La teorica dei concetti giuridici indeterminati, che affonda le proprie radici nella dogmatica tedesca⁴¹, riacquista così vigore nell'elaborazione teorica più recente giacché è proprio mediante l'impiego di tali concetti che il legislatore opera il rinvio a nozioni di scienze e tecniche⁴². Indubbiamente, uno dei campi in cui l'interazione tra

³⁸ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 170. Secondo l'A., l'acquisizione di tale significato positivo consentirà l'individuazione di soluzioni più convincenti al problema del controllo giurisdizionale della corrispondente attività amministrativa. Si tratterà in ogni caso di soluzioni non univoche, "giacché il carattere tecnico delle regole applicate si presterà ambigualmente a legittimare sia la soluzione positiva, in ragione dell'affermato carattere di «oggettività» delle regole stesse, sia la soluzione negativa, in ragione della loro più che frequente opinabilità" (ID., *op. cit.*, 170-171).

³⁹ F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica* (dir. amm.), voce in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, 472. L'A. riporta quali esempi – peraltro assai ricorrenti in letteratura – di valutazioni opinabili l'accertamento del carattere paesistico di un bene, la valutazione del rischio valanghivo e idrogeologico ai fini del rilascio di un'autorizzazione al disboscamento di un'area sottoposta a vincolo, la nozione di "mercato rilevante" e di "mercato dominante".

⁴⁰ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 473-474. Nello stesso senso, v. Bellomo, secondo il quale ricorre discrezionalità tecnica laddove l'amministrazione "debba applicare le regole proprie di una scienza non esatta al fine di acquisire o, eventualmente, valutare il fatto complesso" (F. BELLOMO, *Nuovo sistema di diritto amministrativo*, vol. II, Bari, Diritto e scienza, 38 ss.).

⁴¹ Per maggiore approfondimento sulla dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati, si rinvia alle accurate ricerche di De Pretis (ID., *op. ult. cit.*, 23 ss.; ID., *Concetti giuridici indeterminati e discrezionalità tecnica*, 1, Trento, Ed. provvisoria, 1990).

⁴² F. MERUSI, *op. cit.*, 975. Nello stesso senso, v. Cintioli, il quale sottolinea come il concetto giuridico indeterminato debba essere interpretato e applicato dall'autorità amministrativa

regola giuridica e regola tecnica trova significative manifestazioni è quello economico, ove il proliferare di concetti giuridici indeterminati riflette la crescente difficoltà della norma giuridica di selezionare e di ordinare gli interessi meritevoli di tutela, e dunque la progressiva crisi del principio di legalità⁴³.

In quest'ultimo senso, occorre rilevare che il processo di arretramento del principio di legalità inizia a manifestarsi a partire dai primi anni '90 del secolo scorso, in corrispondenza della stagione delle privatizzazioni. Se, infatti, sino a quel momento il principio di buon andamento era stato inteso come strumento di attuazione del principio di legalità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, la conversione ad un modello organizzativo fondato su logiche efficientistiche e aziendalistiche determina l'ascesa della regola tecnica a discapito della legalità, la quale – nei fatti – viene ad assumere una funzione servente alla realizzazione del principio di buon andamento. All'arretrare della normatività giuridica corrisponde, infatti, un avanzamento della tecnica di cui il diritto si nutre sempre più proprio per precisare o per identificare l'obiettivo dell'attività amministrativa.

Se, dunque, l'analisi sinora condotta ci ha consentito di chiarire lo statuto teorico della discrezionalità tecnica alla luce dell'evoluzione dottrinale sviluppatasi sul punto, la successiva indagine non può prescindere dall'esame del dato giurisprudenziale giacché il tema della discrezionalità tecnica è inscindibilmente legato a quello della sua sindacabilità in sede giurisdizionale: il rapporto tra sapere tecnico-scientifico e giudice amministrativo, il quale – come si è tentato di illustrare – trova concreta espressione nell'interazione tra valutazioni tecniche e controllo giudiziale, rappresenta difatti il cuore del presente capitolo.

titolare del potere pubblico (F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, 984). Sul rilievo dei concetti giuridici indeterminati nel diritto amministrativo, v. anche S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2001, 85 ss.

⁴³ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 1005-1006. L'A. riporta quale esempio paradigmatico di questo fenomeno l'azione delle Autorità amministrative indipendenti. Per maggiore approfondimento sul punto, si rinvia integralmente all'ultimo paragrafo della presente trattazione.

3. Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica: dalla tradizione all'innovazione

Stante la frequenza con cui i provvedimenti amministrativi sono condizionati da giudizi di carattere strettamente tecnico⁴⁴, occorre ora svolgere una riflessione sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnica, al fine di verificare quali siano i poteri di cui dispone il giudice amministrativo dinanzi a siffatte valutazioni.

In via preliminare, va osservato che la giurisprudenza amministrativa, pur avendo contribuito in modo determinante all'affermazione della nozione di discrezionalità tecnica, assunse in un primo tempo una posizione di sostanziale assimilazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa quanto all'assoggettabilità al controllo giurisdizionale, giungendo pertanto a ritenere insindacabili in sede di legittimità – in quanto attività senz'altro discrezionali – tutte le valutazioni implicanti un apprezzamento di carattere tecnico⁴⁵. Tale impostazione riposava sulla convinzione che il rinvio legislativo alla cognizione tecnica dovesse intendersi come attribuzione di potere discrezionale, sicché l'interpretazione offerta dall'amministrazione della regola tecnica e dunque del concetto giuridico indeterminato da essa presupposto veniva irrimediabilmente attratto nella sfera del merito⁴⁶. Ne discendeva un modello di sindacato giudiziale estrinseco e indiretto⁴⁷, circoscritto all'accertamento della logicità e della ragionevolezza della valutazione tecnica senza alcuna preliminare verifica

⁴⁴ Secondo Cerulli Irelli, "Non c'è un settore di attività amministrativa della realtà attuale in cui il momento dell'accertamento dei fatti non si esprima a sua volta in attività complesse a rilevante contenuto tecnico: e perciò, secondo la terminologia in uso, in cui l'accertamento non si presenti come vero e proprio apprezzamento (di fatti complessi)" (V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit., 488).

⁴⁵ V. CERULLI IRELLI, *op. loc. cit.*; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 125-126.

⁴⁶ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 990. L'A. esprime un giudizio fortemente critico nei confronti di tale impostazione, idonea – nei fatti – ad assicurare "ai poteri attuativi dei concetti giuridici indeterminati un margine di insindacabilità ben superiore a quello relativo ai poteri discrezionali puri, dato che questi ultimi venivano comunque bersagliati dallo sviamento di potere".

⁴⁷ Come puntualizzato in dottrina, l'espressione sindacato estrinseco descrive un tipo di controllo sulle operazioni tecniche basato sull'applicazione delle massime di esperienza, ossia di cognizione appartenenti al sapere comune (M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2000, 199).

dell'affidabilità dei dati tecnici acquisiti e ponderati dall'amministrazione⁴⁸. Evidentemente, tale orientamento presupponeva l'equiparazione tra il piano dell'*opportunità*, ossia della ponderazione degli interessi quale tipica manifestazione di discrezionalità pura⁴⁹, e il piano dell'*opinabilità*, ossia degli apprezzamenti integralmente controllati dalla tecnica, che – come si è visto – non è in grado di offrire soluzioni certe e assolute⁵⁰.

La dottrina più attenta denunciò sin da subito la limitatezza di una simile impostazione teorica, rilevando che l'*opinabilità* degli apprezzamenti tecnici non poteva giustificare alcuna riserva sull'ammissibilità del sindacato giudiziario giacché tale verifica, investendo soltanto i presupposti della scelta, lasciava del tutto impregiudicata la valutazione propriamente discrezionale dell'amministrazione⁵¹. Più precisamente, nel caso in cui la legge avesse indicato chiaramente il criterio e/o il procedimento tecnico da osservare e questa indicazione non fosse stata rispettata, si ridondava nella violazione di legge; diversamente, laddove l'amministrazione avesse impiegato criteri inadeguati oppure allorquando avesse condotto un giudizio di fatto

⁴⁸ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 994.

⁴⁹ Evidentemente, come rileva BACCARINI, si tratta di una valutazione politica, che attiene al merito, come tale ben distinta dalle valutazioni opinabili (S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, cit., 90).

⁵⁰ In merito alla distinzione tra opportunità e opinabilità, Cintioli ha acutamente evidenziato la labilità della linea di confine che separa le due sfere; tale contiguità rappresenta – a suo avviso – la “risultante della debolezza delle barriere che il diritto oppone alla tecnica”, la quale impedisce di attingere alle tranquillizzanti categorie del merito insindacabile e della discrezionalità sindacabile (F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 991-993). Invero, parte della dottrina ritiene che il nodo dei concetti giuridici indeterminati possa essere sciolto solo distinguendo, in termini temporali e contenutistici, le valutazioni preliminari opinabili e le scelte successive che integrano, invece, apprezzamenti di opportunità (N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 413 ss.).

⁵¹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 432-434. L'A. sottolinea che “quando la tecnica sia comunque incorporata nel diritto, tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità”; ne discende la necessità che il giudice possa verificare direttamente le operazioni tecniche, “per vagliare la loro correttezza”, potendo pertanto “annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo”. Invero, l'A., non ignorando il pericolo di una sostituzione del giudice all'amministrazione, ribadisce che il sindacato del giudice deve mantenersi entro i consueti confini del giudizio sull'attività e sull'atto, senza perciò alcuno sconfinamento nel merito del provvedimento amministrativo (ID., *op. cit.*, 434-435).

inattendibile per difetto delle rilevazioni e dei controlli necessari, il vizio doveva essere censurato secondo lo schema dell'eccesso di potere⁵².

Proprio in relazione a questa seconda ipotesi, fu avvertita e segnalata l'esigenza di un potenziamento del sindacato giudiziale sull'eccesso del potere che consentisse di vagliare direttamente le stesse operazioni tecniche poste a base del provvedimento⁵³. Evidentemente, al fine della piena realizzabilità di un simile sindacato appariva – già agli inizi degli anni '80 – “improcrastinabile” l'introduzione di strumenti – come la consulenza tecnica – che consentissero al giudice il diretto accertamento e apprezzamento dei fatti rilevanti⁵⁴.

Invero, occorre sottolineare che i rilievi critici formulati dalla dottrina non rimasero inascoltati: in netta soluzione di continuità rispetto al precedente orientamento, il Consiglio di Stato nel 1999 stabilì infatti la piena sindacabilità delle valutazioni opinabili⁵⁵. Rivendicando la piena cognizione del fatto, esso affermò che

⁵² F. LEDDA, *op. cit.*, 437-438.

⁵³ In tal senso, Ledda sottolinea come questo sindacato esterno “non può di per se stesso considerarsi sufficiente: neanche il più attento vaglio critico del ragionamento svolto dall'amministrazione può equivalere a una verifica diretta dell'apprezzamento tecnico, e consentire un'appagante risposta in ordine alla questione dell'adeguatezza del criterio assunto a base del medesimo, nonché la correttezza delle operazioni tecniche condotte in sede amministrativa”. Difatti, secondo l'A. un'argomentazione apparentemente ineccepibile sotto il profilo logico-formale può – in realtà – celare gravi errori di valutazione tecnica, idonei financo a pregiudicare la stessa soluzione del problema (F. LEDDA, *op. cit.*, 422-423). I medesimi rilievi critici vengono espressi da Cintioli, il quale ha stigmatizzato l'eccessiva cautela con cui il giudice amministrativo ha esercitato il controllo sulla discrezionalità tecnica, che ha impedito di offrire una risposta adeguata alle esigenze di tutela degli interessi legittimi nel settore delle valutazioni tecniche. In tal senso, l'A. ha rivolto una critica al principio, sovente richiamato dal giudice amministrativo a giustificazione del proprio sindacato esterno, del divieto di accesso pieno al fatto; tale blocco preliminare ha sostanzialmente impedito al giudice di “effettuare il suo consueto vaglio di coerenza, logicità e attendibilità del potere anche alla luce della tecnica e secondo le nozioni tecniche applicate dall'amministrazione nel caso concreto” (F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 476-477).

⁵⁴ F. LEDDA, *op. cit.*, 426. La posizione di Ledda appare, sotto questo profilo, connotata da grande forza anticipatrice, giacché – come si vedrà nel prosieguo della trattazione – l'introduzione della consulenza tecnica tra gli strumenti istruttori a disposizione del giudice di legittimità consentirà l'invocato passaggio da un modello di sindacato estrinseco ad un sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica. Anche Cerulli Irelli espresse qualche perplessità circa la conformazione del sistema istruttorio nel giudizio amministrativo italiano; tuttavia, pur riconoscendone “la limitatezza o se si vuole la stranezza”, ritenne che il giudice di legittimità fosse in ogni caso “tenuto all'accertamento dei fatti anche complessi (ché a ciò servono le perizie) che investono la controversia e la cui veridicità condiziona la legittimità stessa dell'azione amministrativa in concreto esercitata” (V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 529).

⁵⁵ Il riferimento è alla sentenza 6 aprile 1999, n. 601 del Consiglio di Stato (Pres. Catallozzi, Est. Baccarini), con la quale si affermò che “Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti

L'unica operazione preclusa al giudice amministrativo consiste nella diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, e cioè nello sconfinamento nel merito amministrativo.

Il massimo organo della giustizia amministrativa colse, altresì, l'occasione per svolgere alcune puntualizzazioni teoriche intese a illustrare il contenuto della sfuggente nozione di discrezionalità tecnica. Nelle parole del giudice di legittimità, quest'ultima ricorre "quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta"; invero, sebbene l'attuazione di una regola tecnica comporti sovente di operare apprezzamenti opinabili, "una cosa è l'*opinabilità*, altra cosa è l'*opportunità*". Difatti, la questione di fatto che soggiace ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo – anche se antecedente o successiva ad una scelta di merito – non si trasforma automaticamente in una questione di opportunità soltanto perché presenta carattere di opinabilità. Ne consegue che "quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto di riconoscimento o di diniego"⁵⁶.

Si tratta, indubbiamente, di statuizioni teoriche assai preganti, che segnano peraltro un riavvicinamento tra la posizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario nella designazione dei confini del sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica. Occorre, infatti, segnalare che la Corte di cassazione aveva già negato la configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale per

tecnici dell'Amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo". Si tratta di una pronuncia storica del Consiglio di Stato, ampiamente annotata in dottrina: si segnalano in particolare L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Il Foro Amministrativo*, 2/2000, 422 ss.; M. DELSIGNORE, *op. cit.*, 182 ss.; P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2000, 212 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/1999, 1179 ss.

⁵⁶ Appare evidente l'assonanza con le riflessioni di Ledda sopra esposte.

sconfinamento nell'ambito del merito qualora il giudice amministrativo fosse stato chiamato ad accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato⁵⁷.

Tale *revirement* giurisprudenziale determina una sostanziale ridefinizione dei contorni della discrezionalità tecnica, la quale non viene più impiegata per limitare i poteri cognitivi del giudice amministrativo, rappresentando piuttosto il terreno per verificare la sussistenza dei presupposti di fatto legittimanti nel caso concreto il provvedimento amministrativo⁵⁸. Si configura, dunque, un modello di sindacato intrinseco e diretto, che consente al giudice amministrativo di avvalersi di cognizioni tecnico-scientifiche per risolvere autonomamente il problema tecnico mediante la formulazione di una valutazione sostitutiva⁵⁹.

Ciò pone, tuttavia, una questione pratica di non secondario rilievo, occorrendo verificare quali strumenti istruttori soccorrano il giudice amministrativo

⁵⁷ Si tratta di un orientamento consolidato del giudice ordinario (Cass. S.U. n. 4345/1993; Cass. nn. 611/1993, 7261/1994, 313/1997, 1485/1997, 1908/1997, 9344/1997, 10374/1997, 19644/2003, 28263/2005, 9443/2011). In particolare, nella pronuncia 5 agosto 1994, n. 7261 (Pres. Branaccio, Est. Sensale), la Suprema Corte afferma che “Con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, terzo comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato (verificando, nella specie, la natura dell'attività svolta dall'impresa ricorrente, al fine dell'applicazione della disciplina del commercio della Provincia di Bolzano, di cui alla legge prov. n. 68 del 1978, integrata dall'art. 35 *bis* legge prov. n. 15 del 1972, introdotto dall'art. 31 legge prov. n. 34 del 1980, che limita l'accesso alla "zona per insediamenti produttivi" alle aziende che svolgano attività prevalentemente artigianale e industriale rispetto a quella di commercio al dettaglio), al limitato fine di stabilire se, nel concorso dei medesimi, la legge consenta all'amministrazione di adottarlo”.

⁵⁸ M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche*, cit., 190-191. Secondo l'A., la tecnicità diventa, anche per il giudice amministrativo, il “fondamento logico dell'ammissibilità di un sindacato diretto sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali”, sindacato che viene avvertito come necessario al fine di assicurare piena tutela giurisdizionale al cittadino, come previsto dal dettato costituzionale.

⁵⁹ Invero, sull'ampiezza di tale potere sostitutorio il Consiglio di Stato non offre indicazioni precise, limitandosi a parlare di una verifica di attendibilità del criterio tecnico impiegato sotto il profilo della correttezza. Parte della dottrina ha pertanto prefigurato che “i poteri istruttori saranno esercitati dal giudice amministrativo solo qualora il criterio o il procedimento applicativo del medesimo siano totalmente inattendibili e non quando, invece, l'Amministrazione abbia legittimamente ritenuto di aderire ad una tra le regole probabilistiche esistenti” (M. DELSIGNORE, *op. cit.*, 202).

nell'apprezzamento del sapere tecnico che accede nel processo. Il punto è decisivo poiché il giudice deve inevitabilmente servirsi di mezzi istruttori come la consulenza tecnica per riuscire – o, quantomeno, per provare – a vagliare la tenuta logico-giuridica dei presupposti di fatto su cui si fonda la valutazione tecnica⁶⁰.

Si potrebbe, invero, obiettare che il giudice di legittimità dispone già di altro strumento di prova avente contenuto analogo a quello della consulenza tecnica, ossia la *verificazione*, nella quale possono confluire una pluralità di accertamenti istruttori⁶¹. Tuttavia, la dottrina ha acutamente evidenziato come l'elemento distintivo tra i due mezzi istruttori risiede non già nel contenuto, bensì nelle modalità di assunzione: se infatti la *verificazione* viene esperita sempre da un soggetto appartenente alla pubblica amministrazione, nel caso della consulenza tecnica l'indagine viene invece eseguita da

⁶⁰ Occorre, tuttavia, precisare che nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del Consiglio di Stato – una controversia di lavoro – la questione istruttoria poteva essere superata agevolmente, giacché una sentenza della Corte costituzionale aveva riconosciuto l'esperibilità della consulenza tecnica anche nelle controversie in materia di pubblico impiego. In particolare, il giudice delle leggi affermò che “Nelle controversie giurisdizionali in materia di pubblico impiego, l'inammissibilità di mezzi istruttori diversi da quelli descritti negli artt. 44, comma primo, r.d. n. 1054 del 1924, e 26, comma primo, r.d. n. 642 del 1907, è contraria alla direttiva di razionalità e, soprattutto, alla tutela dell'azione in giudizio e alla garanzia del diritto di difesa. [...] Pertanto, sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 24, commi primo e secondo, Cost. - gli artt. 44, comma primo, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054; 26, r.d. 17 agosto 1907 n. 642; e "7, comma primo", L. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui, nelle controversie di impiego di dipendenti dello Stato e di enti riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli artt. 421, commi secondo, terzo e quarto, 422, 424 e 425 cod. proc. civ., novellati in virtù della L. n. 533 del 1973” (Corte cost. 10 aprile 1987, n. 146).

⁶¹ La *verificazione* è un mezzo di prova disciplinato dall'art. 66 del Codice del processo amministrativo, il quale stabilisce che “1. Il collegio, quando dispone la *verificazione*, con ordinanza individua l'organismo che deve provvedervi, formula i quesiti e fissa un termine per il suo compimento e per il deposito della relazione conclusiva. Il capo dell'organismo verificatore, o il suo delegato se il giudice ha autorizzato la delega, è responsabile del compimento di tutte le operazioni. 2. L'ordinanza è comunicata dalla segreteria all'organismo verificatore. 3. Con l'ordinanza di cui al comma 1 il collegio può disporre che venga corrisposto all'organismo verificatore, o al suo delegato, un anticipo sul compenso. 4. Terminata la *verificazione*, su istanza dell'organismo o del suo delegato, il presidente liquida con decreto il compenso complessivamente spettante al verificatore, ponendolo provvisoriamente a carico di una delle parti. Si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore. Con la sentenza che definisce il giudizio il Collegio regola definitivamente il relativo onere”. Per maggiore approfondimento su tale strumento istruttorio, si rinvia tra gli altri a L. MIGLIORINI, *I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1988, 27 ss.; M. SICA, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/1989, 216 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1984, 7 ss.

un ausiliario del giudice – il consulente tecnico d'ufficio – che assume invece una posizione di terzietà rispetto alle parti in causa⁶².

Nondimeno, come attenta dottrina non ha esitato a rilevare, occorre forse contenere l'entusiasmo per il predetto *revirement* giurisprudenziale. Deve, infatti, considerarsi che la pronuncia in esame, sebbene sia stata ritenuta emblematica di una rinnovata sensibilità del giudice amministrativo nei confronti delle questioni tecnico-scientifiche e in particolare, medico-legali⁶³ lascia altresì trasparire conferme di indirizzi tradizionali, giacché il Consiglio di Stato “non si misura direttamente con un apporto qualificato di ordine tecnico (infatti non dispone la consulenza), ma propone un ragionamento che è incentrato su argomenti di diritto o su fonti giurisprudenziali e che quindi si esaurisce nell'ambito più strettamente giuridico”⁶⁴. Si tratta di una tendenza non isolata, che – come vedremo nelle pagine successive – invita ad esaminare anche la susseguente evoluzione giurisprudenziale con una certa prudenza.

Invero, prima di indagare se e come il predetto orientamento sia stato declinato nella successiva elaborazione pretoria, pare necessario rilevare che appena un anno dopo la predetta decisione del Consiglio di Stato il legislatore è intervenuto a rafforzare l'orientamento ivi inaugurato. La legge 21 luglio 2000, n. 5, recante “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa”, ha infatti introdotto due importanti novità: la

⁶² Così A. ANDREANI, *L'istruzione nel processo davanti ai Tribunali Regionali Amministrativi: esperienza e prospettiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1985, 490; A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1266. In senso contrario, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che mentre la verifica consiste in un mero accertamento finalizzato a completare la conoscenza dei fatti rilevanti per decidere il merito della controversia, la consulenza tecnica rappresenta, invece, una valutazione tecnica di situazioni dedotte dalle parti, risolvendosi dunque in una espressione di discrezionalità ammissibile solo nella fase di merito (Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422).

⁶³ Si rammenta, infatti, che la vicenda concreta sottoposta all'esame del giudice di legittimità consisteva in una controversia di lavoro, nella quale occorreva accertare se lo stress lavorativo poteva rappresentare una concausa di infarto.

⁶⁴ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 446. Secondo l'A., la persistenza di tale impostazione tradizionale risulta confermata da alcune successive pronunce del Consiglio di Stato che nei fatti ribadiscono l'insindacabilità delle valutazioni medico-legali sulla causa di servizio. L'A. riporta in particolare un caso analogo a quello del 1999 – Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 2003, n. 877 –, in cui il giudice di legittimità ha concluso che le valutazioni espresse dagli organi tecnici al fine dell'accertamento della dipendenza dell'infermità del pubblico dipendente da causa di servizio sono connotate da discrezionalità tecnica, risultando come tali sindacabili solo per profili estrinseci (ID., *op. cit.*, 447).

sostituzione del previgente art. 35 del d.lgs. n. 80/98, disponendo l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (eccettuate soltanto le cosiddette prove legali) e dunque una generale utilizzabilità della c.t.u. nella giurisdizione sui diritti; la modifica del primo comma dell'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054⁶⁵, ossia il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, nel senso che "se la sezione a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica"⁶⁶. Come noto, il Testo Unico è stato successivamente sostituito dal Codice del processo amministrativo, introdotto con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, che fa espressa menzione della consulenza tecnica d'ufficio nell'art. 63, co. 4, a mente del quale "Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica"; la disciplina puntuale di tale istituto si rinviene poi nel capo relativo ai "Mezzi di prova" all'art. 67⁶⁷.

⁶⁵ Questo stesso comma era già stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale nella parte in cui non consentiva l'esperimento della consulenza tecnica nelle controversie di pubblico impiego riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa. Si rinvia sul punto alla nota 60.

⁶⁶ Per maggiore approfondimento sul punto, v. tra gli altri F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. CARINGELLA, M. PROTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.; F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo e l'art. 1 c.p.c.*, in *Giustizia civile*, 4/2002, 892 ss.; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2000, 2402 ss.; A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. n. 80 del 1988 e dalla l. n. 205 del 2000*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2001, 872 ss.

⁶⁷ Tale disposizione disciplina la consulenza tecnica nei seguenti termini: "Con l'ordinanza con cui dispone la consulenza tecnica d'ufficio, il collegio nomina il consulente, formula i quesiti e fissa il termine entro cui il consulente incaricato deve comparire dinanzi al magistrato a tal fine delegato per assumere l'incarico e prestare giuramento ai sensi del comma 4. L'ordinanza è comunicata al consulente tecnico a cura della segreteria. Le eventuali istanze di astensione e ricusazione del consulente sono proposte, a pena di decadenza, entro il termine di cui al comma 1. Il collegio, con la stessa ordinanza di cui al comma 1, assegna termini successivi, prorogabili ai sensi dell'articolo 154 del codice di procedura civile, per: a) la corresponsione al consulente tecnico di un anticipo sul suo compenso; b) l'eventuale nomina, con dichiarazione ricevuta dal segretario, di consulenti tecnici delle parti, i quali, oltre a poter assistere alle operazioni del

Le novelle provvedono dunque ad estendere anche al giudice amministrativo la possibilità di utilizzare la consulenza tecnica, strumento istruttorio funzionale all'accertamento dell'attendibilità e della correttezza delle valutazioni tecniche, la cui assenza aveva asseverato in passato la tesi dell'inammissibilità di un sindacato diretto ed intrinseco⁶⁸.

Se dunque, come rilevato in dottrina, tale riforma processuale ha nei fatti accolto l'esigenza di dare pieno ingresso al fatto nella formazione e nella valutazione dei rapporti tra cittadino e potere pubblico⁶⁹, occorre tuttavia rammentare che la consulenza

consulente del giudice e a interloquire con questo, possono partecipare all'udienza e alla camera di consiglio ogni volta che è presente il consulente del giudice per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le loro osservazioni sui risultati delle indagini tecniche; c) la trasmissione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, di uno schema della propria relazione alle parti ovvero, se nominati, ai loro consulenti tecnici; d) la trasmissione al consulente tecnico d'ufficio delle eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte; e) il deposito in segreteria della relazione finale, in cui il consulente tecnico d'ufficio dà altresì conto delle osservazioni e delle conclusioni dei consulenti di parte e prende specificamente posizione su di esse. Il giuramento del consulente è reso davanti al magistrato a tal fine delegato, secondo le modalità stabilite dall'articolo 193 del codice di procedura civile. Il compenso complessivamente spettante al consulente d'ufficio è liquidato, al termine delle operazioni, ai sensi dell'articolo 66, comma 4, primo e terzo periodo”.

⁶⁸ F. BELLOMO, *op. ult. cit.*, 43. Secondo Baccarini, quella della consulenza tecnica è stata una lacuna voluta, che ha sostanzialmente impedito al giudice amministrativo di svolgere un controllo realmente efficace sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione. L'A. ritiene infatti che se “il giudice viene privato del potere di integrare nel processo, nel contraddittorio tra consulente d'ufficio e consulenti delle parti, le proprie cognizioni tecniche, la sindacabilità degli apprezzamenti tecnici rilevanti ai fini del processo rischia di ridursi ad un enunciato privo di contenuto” (S. BACCARINI, *op. cit.*, 94). Secondo Merusi, la consulenza tecnica può infatti soccorrere il giudice non solo qualora ci sia stato un contraddittorio carente sull'applicazione di un concetto giuridico indeterminato, ma anche quando viene contestato un presupposto di fatto su cui si fonda l'esercizio del potere. L'A. riporta l'esempio della misurazione dei campi elettromagnetici, per la quale possono essere impiegati una pluralità di metodi, potenzialmente in grado di offrire risultati non coincidenti. Secondo l'A., “Scegliere un metodo o l'altro può essere valutato dal giudice solo con criteri di ragionevolezza. Ma se si contesta in fatto la misurazione effettuata con un determinato metodo, l'unico modo per il giudice per conoscere il fatto contestato è di far ripetere la misurazione da un perito d'ufficio” (F. MERUSI, *Variazioni su scienza e tecnica*, cit., 978-979).

⁶⁹ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 5/2002, 1205. L'A. puntualizza infatti che il fatto assume una rilevanza peculiare nel giudizio amministrativo, giacché “è proprio nelle pieghe del fatto che spesso si annidano le deviazioni del potere e/o le malizie del singolo” (ID., *op. cit.*, 1204). In questo senso, ad avviso dell'A. l'introduzione della consulenza tecnica rappresenta una sorta di validazione normativa dell'estensione del sindacato del giudice di legittimità alla discrezionalità tecnica, poiché solo attraverso l'acquisizione delle necessarie cognizioni tecniche il giudice sarà in grado di decidere le questioni tecnico-scientifiche sottopostegli (ID., *op. cit.*, 1206). Nello stesso senso, v. anche Mirate, secondo la quale “l'assenza della possibilità di esperire perizie e accertamenti tecnici, se non demandandoli alla stessa pubblica

tecnica si innesta, in ogni caso, in un modello processuale nel quale l'onere di allegare e di provare i fatti rilevanti incombe sulle parti, di talché il nuovo mezzo istruttorio non può essere impiegato per supplire all'inerzia delle parti che non abbiano adeguatamente soddisfatto il proprio onere probatorio⁷⁰. Non è, infatti, un caso che la consulenza tecnica possa essere disposta dal giudice soltanto all'esito di un positivo giudizio di rilevanza del mezzo istruttorio, il cui esperimento deve apparire "*ex ante* pertinente alla materia del contendere e capace di influenzare l'esito della decisione"⁷¹.

Invero, le predette novità tanto giurisprudenziali quanto normative posero subito un dubbio di fondo in ordine alla compatibilità di un intervento sostitutivo del giudice amministrativo con il dettato costituzionale, da cui derivò la prospettazione di due forme alternative di controllo giudiziale intrinseco: un sindacato cosiddetto debole e un sindacato cosiddetto forte⁷².

La tesi del sindacato debole, inaugurata da una pronuncia del Consiglio di Stato del 2001⁷³, conferisce al giudice amministrativo il "potere-dovere" di acquisire una

amministrazione attraverso verificazioni, avrebbe [...] privato il giudice amministrativo di uno strumento essenziale per un autonomo accesso al fatto" (S. MIRATE, *op. cit.*, 2402).

⁷⁰ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il Consiglio di Stato*, 11/2000, pt. 2, 2378. In tal senso, l'A. sottolinea come il giudice sia tenuto a conoscere direttamente e integralmente il fatto, dovendo egli provvedere alla ricostruzione e alla qualificazione giuridica dello stesso. Proprio in forza di questa piena cognizione dei fatti processuali, il giudice, nella formulazione del quesito da sottoporre al ctu, non deve limitarsi a replicare la soluzione tecnica proposta dall'amministrazione nel provvedimento, dovendo piuttosto "opportunamente indicare i dati tecnici che caratterizzano il procedimento conoscitivo, in modo che il consulente possa ripercorrere tutto l'iter della valutazione tecnica ed esprimere anche un giudizio finale, alla luce dei dati acquisiti ed in confronto con quelli utilizzabili dall'amministrazione" (ID., *op. cit.*, 2379).

⁷¹ F. CINTIOLI, *op. cit.*, 2378. Nello stesso senso, v. più diffusamente P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2016, 94 ss. L'A. sottolinea, infatti, che "disporre una consulenza tecnica postula, ai sensi dell'art. 63 c.p.a., il superamento in senso positivo di un giudizio di indispensabilità non richiesto invece per le verificazioni" (ID., *op. cit.*, 95).

⁷² Per una puntuale ricostruzione dei due modelli di sindacato, v. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287 (Pres. Paleologo, Es. Cintioli).

⁷³ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, pronuncia in cui il Collegio mostra di propendere verso un sindacato intrinseco di tipo debole, affermando che "non spetta al giudice amministrativo riesaminare le autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione, sulla base delle cognizioni tecniche acquisite. La frequente contestualità (se non commistione) fra i due profili lascia comunque intatta la necessità di distinguere accuratamente i due aspetti, che riflettono il confine tra legittimità e merito del provvedimento". Sul punto, si rinvia al commento di M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 8/2001, 873 ss.

piena conoscenza del fatto anche – e soprattutto – sotto il profilo tecnico, nonché di accertare l’*iter* conoscitivo e volitivo seguito dall’amministrazione⁷⁴. All’esito di tale indagine, il giudice è tenuto a valutare se la scelta finale dell’autorità sia “coerente, ragionevole e assolutamente compatibile con le premesse in quanto costituisce una delle ristrette scelte possibili”: qualora detta verifica sia superata positivamente, egli deve arrestarsi astenendosi dal sovrapporre la propria scelta a quella assunta dall’amministrazione⁷⁵.

Diversamente, la tesi del sindacato forte postula che il giudice sostituisca la valutazione dell’amministrazione con la valutazione tecnica formulata dal proprio consulente d’ufficio, provvedendo ad annullare non solo il provvedimento fondato su presupposti scientifici errati⁷⁶, ma anche quello basato su una valutazione tecnica opinabile difforme da quella predisposta dal consulente tecnico⁷⁷.

⁷⁴ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 995-996. Come illustrato da Bellomo, il giudice deve cioè impiegare la valutazione tecnica emersa nel processo amministrativo, mediante l’operato del consulente tecnico d’ufficio, come strumento per dimostrare la correttezza o l’erroneità del giudizio scientifico effettuato dall’amministrazione, eventualmente annullando l’atto che risulti fondato su presupposti di fatto errati (F. BELLOMO, *op. cit.*, 44). Nello stesso senso, v. anche Lazzara, secondo il quale “il sindacato pieno del giudice non autorizza tuttavia a svolgere indagini e approfondimenti diversi dalla verifica della rispondenza della valutazione compiuta dalla pubblica amministrazione alle regole della scienza specialistica rilevante” (P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, voce in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, Utet giuridica, 2010, 169).

⁷⁵ F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 996. L’A. evidenzia come tale tesi finisca per negare l’ammissibilità di un controllo sostitutivo, costruendo il controllo giudiziale secondo lo schema del sindacato sull’eccesso di potere e muovendo dall’assunto che il concetto giuridico indeterminato conferisca all’amministrazione un autonomo potere di valutazione, secondo il modello norma-potere-fatto (ID., *op. cit.*, 996-997).

⁷⁶ Evidentemente, ciò si verifica laddove la valutazione tecnica sia svolta secondo regole tecniche verificabili alla stregua di scienze esatte, che non lasciano residuare significativi margini di opinabilità scientifica.

⁷⁷ F. BELLOMO, *op. loc. cit.* Questa seconda ipotesi ricorre, invece, quando la scienza di riferimento non offra soluzioni certe e univoche, determinando dunque un elevato grado di opinabilità delle valutazioni prospettabili. Secondo Cintioli, questo secondo modello di sindacato, applicando lo schema norma-fatto, adopera la tecnica dell’interpretazione e applicazione della legge (F. CINTIOLI, *op. cit.*, 997). Il tema dei fatti scientificamente incerti è diffusamente trattato da R. DAGOSTINO, *La rilevanza del fatto scientificamente incerto nel processo amministrativo. Riflessioni a margine del caso M.U.O.S.*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2016, 575 ss. L’A. rileva che la cognizione di un fatto complesso in sede giurisdizionale pone due ordini di difficoltà: la prima discende dalla necessità di ricorrere a conoscenze extra giuridiche, che il giudice evidentemente non possiede; la seconda risiede, invece, nella difficoltà di “cogliere la sottile linea di confine tra legittimità e merito, fra opinabilità e opportunità implicando l’accertamento di un fatto complesso anche un giudizio di valore” (ID., *op. cit.*, 581). In tal senso, l’A. ritiene che sussista un nesso inscindibile tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* laddove si debba ricostruire il fatto scientificamente incerto in sede

A ben vedere, la giurisprudenza ha aderito alla tesi del sindacato intrinseco debole, giacché compito del giudice di legittimità è verificare se l'atto amministrativo sia espressione di un potere esercitato in modo conforme alla legge: ne consegue che, laddove la valutazione tecnica non sia errata ma soltanto non coincidente con quella eseguita dal consulente tecnico, il giudice deve ritenere sussistente il presupposto di fatto richiesto dalla norma e quindi legittimo il provvedimento che ne è derivato⁷⁸.

Tuttavia, come ammonisce lo stesso giudice di legittimità, la classificazione come *debole* del controllo giudiziale non deve essere equivocata, giacché con tale espressione non si è inteso limitare il potere di cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo che conduce l'amministrazione ad applicare la regola individuata al caso concreto. Si è, piuttosto, voluto porre "un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere"⁷⁹.

Tale orientamento, sul quale – come si è visto – si assesta la prevalente giurisprudenza di legittimità, non trova piena corrispondenza nelle soluzioni proposte a livello europeo, atteso che la Corte di Giustizia pare aver adottato un modello di sindacato sulle valutazioni tecnico-scientifiche della pubblica amministrazione non

processuale, di talché proprio la fase istruttoria acquista un ruolo determinante al fine della risoluzione della controversia, consentendo di tendere all'accertamento della verità (ID., *op. cit.*, 598-599, 608-611).

⁷⁸ F. BELLOMO, *op. cit.*, 44. Si vedano, tra le altre, la cit. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274.

⁷⁹ Così la cit. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926 (Pres. Giovannini, Est. Chieppa), nella quale – lo si precisa – il giudice amministrativo si riferisce all'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In tal senso, la stessa dottrina ha precisato che la classificazione come *debole* del controllo giudiziale, potenzialmente foriera di equivoci, riposa invece su salde base dogmatiche; ciò è testimoniato, da un lato, dal fatto che - assumendo una prospettiva storica - tale orientamento verrà ricordato come progressista, avendo consentito il superamento dell'ormai tralasciata equazione tra discrezionalità tecnica e merito insindacabile, e dall'altro, dalla circostanza che il controllo debole riproduce in realtà lo schema del sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità, che si addice al sindacato sul potere pubblico e che, infatti, la stessa Corte di Giustizia impiega per giustificare l'operato della Commissione nel settore della concorrenza (F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 998).

particolarmente incisivo⁸⁰, circoscritto all'accertamento della correttezza materiale dei

⁸⁰ Indubbiamente, una delle pronunce più note del panorama giurisprudenziale sovranazionale è la sentenza *Upjohn* (sentenza 21 gennaio 1999, causa C-120/97, che vide come parti *Upjohn Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1969* e altri), nella quale la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale promosso dalla *Court of Appeal* del Regno Unito concernente l'interpretazione della direttiva del Consiglio 26 gennaio 1965, 65/65/CEE per il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, affronta la questione delle valutazioni scientifiche complesse ad esito incerto. Nel caso specifico, la fattispecie sottoposta all'esame dei giudici di Lussemburgo concerneva la decisione assunta dall'amministrazione sanitaria inglese di revocare l'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco ritenuto nocivo per la salute. Tale determinazione, basata sul parere dell'autorità medica, viene impugnata dinanzi al giudice nazionale, giacché altri paesi avevano ammesso la commercializzazione del medicinale *de quo* nelle dosi ritenute non dannose. La *Court of Appeal* decide dunque di deferire alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale al fine di comprendere se il diritto comunitario imponga agli Stati membri di istituire un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali di revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio di specialità medicinali, che consenta ai giudici nazionali competenti di sostituire la loro valutazione degli elementi di fatto, in particolare dei mezzi di prova scientifica su cui è stata basata la decisione di revoca, a quella delle autorità competenti in materia di revoca delle autorizzazioni. I giudici di Lussemburgo risolvono tale quesito in senso negativo, affermando che il diritto comunitario non impone che gli Stati membri istituiscano un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali di revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio, comportante un controllo più ampio di quello esercitato dalla Corte in casi analoghi. La CGUE puntualizza infatti che "risulta dalla giurisprudenza della Corte che un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltre passato i limiti del proprio potere discrezionale" (par. 34). Nondimeno, "ogni procedimento nazionale di controllo giurisdizionale delle decisioni di revoca delle autorizzazioni adottate dalle autorità nazionali deve consentire al giudice adito con un ricorso di annullamento avverso una tale decisione di fare effettiva applicazione, nell'ambito del controllo della legittimità di quest'ultima, dei principi e delle norme pertinenti del diritto comunitario" (par. 36). Come rilevato in dottrina, la sentenza *Upjohn* muove da un'impostazione teorica nettamente diversa da quella abbracciata dalla giurisprudenza domestica, giacché riconduce la questione della sindacabilità delle valutazioni di fatto dell'amministrazione al problema del regime delle valutazioni del fatto nel processo, trascurando la scientificità del criterio applicato nell'attività valutativa (D. DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 416-417, la quale sottolinea la diversità di approccio teorico rispetto al sistema italiano, nel quale il carattere scientifico della valutazione rinvia invece a quella particolare categoria di attività amministrativa chiamata discrezionalità tecnica, come noto sottoposta ad uno specifico trattamento giuridico). Sulla base di tale premessa la Corte afferma che, sebbene la valutazione *de qua* non costituisca espressione di un potere propriamente discrezionale non implicando una ponderazione di interessi, essa soggiace al medesimo regime giuridico delle valutazioni discrezionali, rispetto alle quali è ammesso un sindacato solo estrinseco e non, invece, sostitutivo (D. DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 419). Nello stesso senso, v. anche Cintioli, il quale invita tuttavia a considerare che l'insegnamento della Corte di Giustizia deve essere valutato non tanto alla luce della nozione classica (e propria del diritto italiano) di discrezionalità tecnica, bensì in

fatti e della mancanza di errori manifesti⁸¹: il giudice di Lussemburgo ritiene, infatti, che tale forma di controllo consenta in ogni caso di garantire i principi di effettività del diritto comunitario e della tutela giurisdizionale⁸².

4. Il modello delle Autorità amministrative indipendenti: il caso dell'Autorità Antitrust

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione trova probabilmente una delle più significative manifestazioni nel settore delle Autorità amministrative indipendenti, che rappresentano indubbiamente uno dei fenomeni più interessanti e complessi del moderno sistema giuridico e socio-economico italiano.

In via preliminare, occorre rilevare che la genesi di tali organismi si situa all'intersezione di una complessa ed eterogena trama di impulsi, la cui combinazione ha rappresentato la spinta generatrice del modello delle autorità indipendenti: più precisamente, l'evoluzione tecnologica che ha investito settori rilevanti di interesse

una prospettiva più ampia, ossia quella dei limiti al sindacato del giudice sulle valutazioni complesse. Secondo l'A., deve rammentarsi che la fattispecie concreta sottoposta all'esame del giudice comunitario implicava la tutela di un bene di rango costituzionale quale il diritto alla salute, circostanza che quindi "può essere la causa di una riduzione dell'intensità del controllo giurisdizionale" (F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale*, cit., 2388). Per maggiore approfondimento, si segnalano, tra gli altri, i commenti di R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrollidchte)*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/1999, 503 ss.; M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1999, 833 ss. Per maggiore approfondimento, v. anche S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2002, 1385 ss.; D. DE PRETIS, *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004, 415 ss.

⁸¹ P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 179. Lo stesso giudice amministrativo, nella cit. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, afferma che "Il sindacato della Corte di Giustizia, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (v., segnatamente, sentenze della Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia, punto 34, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds, punto 62; 28 maggio 1998, C-7/95, John Deere, punto 34 e, da ultimo, 7 gennaio 2004, cause riunite 204/00 e 219/00, Aalborg, punto 279 e Trib. primo grado CE, 21 marzo 2002, T-231/99, Joynson)".

⁸² M. DELSIGNORE, *op. cit.*, 199. L'A. rileva come il Consiglio di Stato abbia invece dissentito da siffatta impostazione, ritenendo che il sindacato estrinseco non fosse "sufficiente ed adeguato a fornire una tutela al cittadino, nonché non conforme ai principi vigenti in tema di sindacato giurisdizionale" (ID., *op. cit.*, 200).

pubblico, la crescente globalizzazione dei mercati, l'emersione di nuovi bisogni in settori socio-economici connotati dalla presenza di interessi sensibili, nonché – soprattutto – il passaggio dal paradigma dello Stato imprenditore a quello dello Stato regolatore⁸³ hanno evidenziato la obsolescenza e l'inadeguatezza del tradizionale assetto dell'amministrazione pubblica per lo più priva delle competenze tecniche necessarie per fronteggiare le sfide della modernità⁸⁴. È così che a partire dagli anni '90 le istituzioni pubbliche hanno dovuto rinunciare all'esercizio di un controllo diretto di numerose aree di mercato, nelle quali si addensavano interessi pubblici e privati di primaria importanza in favore di nuove strutture amministrative, le autorità amministrative indipendenti, sottratte al circuito della legittimazione e dunque al controllo politico-parlamentare⁸⁵.

⁸³ Nello stesso senso, v. anche F. G. COCA, F. DEgni, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *GiustAmm.it.*, www.giustamm.it, 11/2006, 8-9. Secondo gli AA., “sin dagli anni Novanta, infatti, la funzione dello Stato nell'economia è stata oggetto di un radicale ripensamento nel senso della riduzione di una presenza diretta (per il tramite delle imprese pubbliche), a favore di altri strumenti di intervento (indiretto) come, appunto, l'introduzione delle AAI”; evidentemente, l'avvento dello Stato regolatore “implica il venir meno dei corrispondenti poteri amministrativi tradizionali di direzione di ogni settore, e quindi anche quelli d'indirizzo e di controllo, spettanti in ultima analisi al Governo”. La privatizzazione di un settore determina infatti da un lato, la scomparsa degli interessi pubblici, e dall'altro, la conseguente parificazione degli altri interessi conseguenti, la cui cura dovrà pertanto essere assegnata a soggetti collocati “in una posizione di terzietà, propedeutica e necessaria a garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi, generali o settoriali o particolari”. Sul punto v. anche Clarich, secondo il quale il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore ha determinato l'istituzione di apparati di regolazione di nuovo tipo, tra cui appunto le autorità amministrative indipendenti (M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2002, 3861).

⁸⁴ F. BELLOMO, *Nuovo sistema di diritto amministrativo*, vol. 1, Bari, Diritto e scienza, 2013, 701. Questa la posizione della dottrina maggioritaria, secondo la quale la progressiva affermazione delle autorità indipendenti, intese quale nuova forma di regolazione sotto il profilo istituzionale, si salderebbe al processo di privatizzazione che ha investito il nostro Paese negli anni '90, che ha impresso una radicale trasformazione al modello tradizionale di pubblica amministrazione (v. tra gli altri, A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 1/1994, 92; V. PEDACI, *Riforma della pubblica amministrazione ed autorità amministrative indipendenti: soluzione o nuovo mito?*, in *I Tar*, II, 1996, 45; C. LOMBARDI, *Autorithies e poteri neutrali*, in *Democrazia e diritto*, 2/1995, 422 ss.). In senso parzialmente difforme, è stato affermato che la creazione delle autorità indipendenti si inserirebbe all'interno dell'inesorabile fenomeno di sgretolamento dell'unitarietà dello Stato che, nel settore della pubblica amministrazione, si è tradotto nel suo frazionamento in un numero crescente di soggetti, preposti al perseguimento di uno spettro di interessi sempre più ampio (V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, II, 1997, 350).

⁸⁵ F. BELLOMO, *Nuovo sistema di diritto amministrativo*, cit., 702.

Secondo parte della dottrina, tali nuovi modelli organizzativi, rinvenendo il proprio fondamento nella competenza e nella specializzazione tecnica infungibile che possiedono, sono perciò depositari di “un potere essenzialmente sovrano e adespota, privo com’è di un vertice unico di riferimento”⁸⁶: si tratta infatti di organismi di carattere pubblico che esercitano funzioni di regolazione e/o di vigilanza⁸⁷ in una posizione di neutralità, ossia di sostanziale indifferenza nei confronti degli interessi pubblici e privati investiti dalla propria attività⁸⁸. Essendo assoggettate all’esclusivo dominio della legge⁸⁹ e della tecnica⁹⁰, tali entità sono chiamate a tutelare categorie di

⁸⁶ F. BELLOMO, *op. loc. cit.* Secondo l’A., “la tecnicità è chiaramente il punto di forza di tali nuovi modelli organizzativi e rispecchia la marcata specializzazione del sapere contemporaneo; tale carattere è inoltre manifestamente legato al profilo dell’indipendenza e neutralità delle Autorità, in quanto, fondando esse la loro legittimazione sulla competenza tecnica infungibile acquisita sul campo, in base ad essa devono affrancarsi dall’ingerenza della politica e dei controllo sul loro operato nell’ambito dei singoli procedimenti”.

⁸⁷ Occorre, infatti, sottolineare che le funzioni svolte dalle autorità indipendenti possono essere suddivise in due categorie: quelle di tipo para-giurisdizionale, conferite a organismi - quali l’Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) - preposti ad esercitare in via prevalente funzioni neutrali di garanzia di situazioni soggettive sensibili, e quelle di regolazione, attribuite invece a soggetti - come la Autorità di regolazione dei trasporti - che nella sostanza svolgono funzioni prevalentemente amministrative al alto contenuto tecnico e in posizione di indipendenza e imparzialità. Per maggiore approfondimento sul punto, v. C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, 36 ss.

⁸⁸ In tal senso, occorre precisare che, originariamente, il concetto di neutralità non era impiegato per identificare un elemento coessenziale alla struttura e alla attività delle autorità indipendenti. Il dibattito si era infatti concentrato sul significato da assegnare all’attributo della indipendenza, anche alla luce della sua difficile conciliabilità – almeno *prima facie* – con la natura amministrativa di tali organi. Per maggiore approfondimento sul punto, v. tra gli altri A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell’amministrazione dello Stato, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.; N. LONGOBARDI, *Le “amministrazioni indipendenti”: profili introduttivi*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, 173 ss.; S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro italiano*, 1/1996, 7 ss.

⁸⁹ Deve, in tal senso, rammentarsi che le autorità indipendenti sono state istituite quasi sempre per legge, la quale rappresenta perciò “il fondamento stesso dell’esistenza della singola Autorità e al contempo il vincolo principale all’esplicazione della sua attività, presupposto e limite di ogni provvedimento da essa emanato” (F. BELLOMO, *op. ult. cit.*, 712).

⁹⁰ Il principio di tecnicità caratterizza, infatti, la struttura e l’attività delle autorità indipendenti, cui possono accedere esclusivamente soggetti altamente specializzati nel settore di riferimento, la cui preparazione tecnica rappresenta spesso un *know how* infungibile. In tal senso, la tecnica e la scienza rappresentano, assieme alla legge, le uniche autorità a cui esse debbono rispondere.

interessi potenzialmente esposte ai condizionamenti dei gruppi sociali dominanti, nonché alle ingerenze del potere esecutivo⁹¹.

Posta questa breve premessa definitoria, occorre ora comprendere come si atteggi il giudice amministrativo dinanzi ai provvedimenti delle autorità indipendenti e, in particolare, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁹². La finalità di sistema che tale autorità persegue consiste, come è noto, nella tutela della concorrenza quale tecnica migliore di conformazione del mercato affinché tutti i soggetti operanti sul mercato dispongano di pari opportunità nella scelta di prodotti per i consumatori, nell'accesso ai mercati per gli imprenditori, nell'accesso alle informazioni per gli investitori⁹³. Tale organismo è tradizionalmente individuato come archetipo di

⁹¹ La stessa Corte costituzionale ha affermato "l'esigenza di avere un'Autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'Esecutivo e agli organi dell'Amministrazione", idonee ad esprimere "una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo" (Corte cost. 7 novembre 1995, n. 482). Nello stesso senso, v. anche Corte cost. 17 gennaio 1991, n. 32, in cui il giudice delle leggi qualifica la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali come "un organo che non esercita alcuna funzione che concerna la regolamentazione, l'organizzazione o l'erogazione di servizi pubblici essenziali, ma che è "neutrale" rispetto a quegli aspetti", nonché – come affermato qualche anno più tardi – come "quel soggetto *super partes* ad alta competenza" (v. Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 57).

⁹² L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata formalmente istituita dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 10), recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", la quale pone tra i suoi obiettivi ispiratori l'attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica. I principali compiti dell'Autorità sono: garantire la tutela della concorrenza e del mercato; contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, tutelare le imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa, nonché vigilare affinché nei rapporti contrattuali tra aziende e consumatori non vi siano clausole vessatorie; vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo; attribuire alle imprese che ne facciano richiesta il *rating* di legalità. Per maggiore approfondimento sull'ACGM, v. tra gli altri F. SAJA, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *giurisprudenza commerciale*, 3/1991, 455 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1/1993, 77 ss.; G. MILITELLO, *La natura e i programmi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6/1995, 909 ss.; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, VI, 2002, Milano, Giuffrè, 2002, 112 ss.; AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Antitrust a portata di mano: cos'è e come funziona l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri. Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2007.

⁹³ F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, VI, Milano, Giuffrè, 168. Nello stesso senso, L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, cit., 60.

amministrazione neutrale: anziché esercitare un potere discrezionale autoritativo, l'Antitrust svolge infatti un'attività interpretativa e applicativa delle norme – e dunque dei concetti giuridici indeterminati in esse indicati – poste a tutela della concorrenza e del mercato⁹⁴.

Invero, il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'AGCM impone di svolgere una considerazione preliminare atta a comprendere come il legislatore abbia inteso tratteggiare il giudizio amministrativo nel settore della concorrenza. La qualificazione come esclusiva della giurisdizione amministrativa e la concentrazione della competenza funzionale in un solo Tribunale amministrativo regionale in primo grado⁹⁵ – il Tar Lazio – e il Consiglio di Stato in appello, consentono di raffigurare quello contro gli atti dell'Autorità Antitrust come un processo di stampo impugnatorio, che ha per oggetto un provvedimento già adottato dall'autorità di cui il ricorrente chiede l'annullamento⁹⁶. Tali opzioni legislative hanno indotto autorevole dottrina a ritenere che l'intenzione del legislatore “fosse quella di fondere la tutela di diritti soggettivi (con i presupposti, gli strumenti e i caratteri) del processo impugnatorio”: occorre, infatti, rammentare che il potere dell'AGCM non implica né l'apprezzamento né la ponderazione di interessi pubblici⁹⁷.

Se dunque la determinazione della cornice formale entro la quale si iscrive il sindacato giurisdizionale non pone particolari problemi, ben più complessa appare invece l'indagine sull'ampiezza e sull'intensità del controllo sulle valutazioni tecniche sotto il profilo sostanziale. Occorre infatti rilevare che il Consiglio di Stato, nel delimitare esplicitamente l'ambito del proprio sindacato, aveva in un primo momento affermato da un lato, che le decisioni in tema di concorrenza comportavano

⁹⁴ Secondo autorevole dottrina, proprio la mancanza di autoritatività della funzione consentirebbe di ipotizzare che l'Autorità antitrust compone controversie nelle quali la posizione soggettiva del privato deve essere ricostruita non già come interesse legittimo, bensì come diritto soggettivo. Tale convincimento sarebbe, peraltro, confermato dall'esigenza avvertita da dottrina e giurisprudenza di rafforzare la tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM (F. G. SCOCA, F. DEGNI, *op. ult. cit.*, 20 ss.).

⁹⁵ Così dispone l'art. 135, co. 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo.

⁹⁶ La natura impugnatoria del processo discende dal fatto che esso è imperniato sull'accertamento della legittimità o illegittimità dei provvedimenti impugnati: il giudice è infatti chiamato a verificare se il potere spettante all'Autorità Antitrust sia stato esercitato correttamente.

⁹⁷ Così F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2/2008, 259-264.

l'applicazione di regole prive del "carattere di regole scientifiche esatte e non opinabili" bensì "frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione di concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza)"⁹⁸; dall'altro, che il giudice amministrativo doveva limitarsi a verificare che il provvedimento impugnato fosse "logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato ed istruito", senza spingersi a "sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità" secondo lo schema del sindacato debole⁹⁹.

Invero, tale orientamento è stato sostanzialmente superato appena due anni dopo: già nel 2004 il Consiglio di Stato ha infatti modificato le proprie tesi¹⁰⁰ affermando che sulle valutazioni complesse, rimesse in prima battuta all'Autorità garante, è ammessa una verifica penetrante che "si estende sino al controllo dell'analisi economica

⁹⁸ Come rilevato in dottrina, è dunque il giudice stesso a tracciare la linea di confine tra scienze esatte e scienze non esatte, e dunque a stabilire quali controversie presentino profili tecnico-scientifici effettivamente controversi e quali no. Tuttavia, "anche solo operare la qualificazione richiede una capacità specifica, che il giudice amministrativo ha rivendicato ed esercita direttamente, giustificandola sul piano del dato notorio o della scienza comune, con la conseguenza che può attingervi senza la mediazione delle acquisizioni processuali" (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 455). In altri termini, la questione tecnico-scientifica può essere qualificata come 'opinabile', "solo dopo aver acquisito al processo tutti gli elementi scientifici necessari per stabilire se la soluzione adottata dall'amministrazione sia condivisibile o sia comunque una delle soluzioni equivalenti" (A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 459-460).

⁹⁹ Così Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156. Nella medesima pronuncia, i giudici di legittimità ribadiscono altresì "il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, anche attraverso l'utilizzazione di strumenti processuali come la consulenza tecnica d'ufficio", negando invece che la possibilità di un sindacato giurisdizionale di tipo "forte" sulle valutazioni complesse. Nello stesso senso, v. già Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, dove i giudici di legittimità affermano che "il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'Autorità Antitrust" ha per oggetto non soltanto l'accertamento dei fatti, ma anche la "contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati [...] necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato".

¹⁰⁰ Anche Scoca ritiene che la sentenza del 2004 rappresenti un superamento del precedente indirizzo (F. G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 270). In senso contrario, v. LIGUORI, secondo il quale la decisione 926/2004 presenta caratteri di continuità rispetto alle pronunce del 2002 forse maggiori di quelli di differenziazione, giacché il giudice amministrativo, difendendo la tesi del sindacato debole, si limita a suggerire l'abbandono dell'aggettivo "debole" senza tuttavia mutare il proprio orientamento sull'intensità del controllo. Ciò sarebbe, secondo l'A., confermato dal fatto che la pronuncia del 2004 non consente, alla stregua del precedente indirizzo, di superare definitivamente le perplessità in ordine alla distinzione tra opportunità e opinabilità (F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto?*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2008, 95-96).

compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta)"¹⁰¹. Il giudice amministrativo, superando il precedente indirizzo, ha dunque ritenuto di poter verificare in prima persona la correttezza tecnica delle operazioni interpretative compiute dall'Autorità. Tuttavia, nel caso di specie, concernente la delimitazione del mercato rilevante al fine di valutare la sussistenza di intese fra operatori e di accertare la loro idoneità ad alterare in modo consistente la concorrenza, il Consiglio di Stato non ha ammesso la consulenza tecnica, ritenendola in concreto superflua¹⁰².

Tale pronuncia viene, poi, confermata nel 2007 quando il Consiglio di Stato afferma che "il giudice amministrativo può sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, il sindacato è pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi economica o di altro tipo compiuta dall'Autorità, potendo il giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame"¹⁰³.

Invero, appena un anno dopo, i giudici di legittimità affinano ulteriormente il proprio orientamento sulle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM, offrendo alcuni parametri per superare le ambiguità connesse al carattere opinabile delle stesse. I giudici di Palazzo Spada sostengono, infatti, che "nell'ambito dei procedimenti

¹⁰¹ Così la cit. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. Per maggiore approfondimento sul punto, v. tra gli altri i commenti di S. MIRATE, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2004, 817 ss.; S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Il Foro italiano*, 1, 2005, 7 ss.

¹⁰² Secondo autorevole dottrina, accogliendo l'impostazione proposta dal giudice di legittimità, si finisce per imporre alla parte l'onere di allegare le prove dell'errore tecnico, onere chiaramente estraneo all'impianto istruttorio del processo amministrativo, fondato sul metodo acquisitivo e, dunque, su un ampio potere officioso del giudice; per altro verso, tale pronuncia lascia affiorare un modello di giudice *peritus peritorum*, perfettamente in grado di valutare il merito economico della vertenza, senza la necessità di ricorrere all'ausilio del consulente tecnico (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 445-445).

¹⁰³ Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515. Come rilevato da Scoca, tale decisione rappresenta l'approdo ultimo della giurisprudenza amministrativa, giacché "quello che si trova affermato nella pronuncia corrisponde realmente alla valutazione integrale (della sostanza logica) delle decisioni amministrative, in cui consistono i provvedimenti dell'AGCM". Risulta, infatti, evidente che il Consiglio di Stato ritiene che il proprio sindacato non debba limitarsi alla verifica della correttezza o ragionevolezza delle valutazioni tecniche dell'AGCM, dovendo piuttosto attingere e rivalutare il merito delle stesse (F.G. SCOCA, *op. cit.*, 272, 278-279).

antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cd. *congruenza narrativa*, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla storia che si propone per la ricostruzione della intesa illecita"; ciò posto, "il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti"¹⁰⁴.

Si tratta, indubbiamente, di un significativo avanzamento sul piano dell'elaborazione teorica, giacché il giudice individua criteri di valutazione dotati di autonomia tecnico-scientifica, mediante i quali "si ritiene in grado di verificare ogni tipo di valutazione, anche la più complessa"¹⁰⁵. Tuttavia, tale impostazione pare

¹⁰⁴ Così Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 596 (Pres. Ruoppolo, Est. Volpe). Si tratta di una pronuncia "gemella" alle nn. 594, 595 e 597, ove il giudice di legittimità risolve una controversia relativa ad un provvedimento dell'AGCM diretto ad impedire la ripartizione del mercato di deposito e fornitura del carburante per aerei. Nello stesso senso, v. già Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424 (Pres. Ruoppolo, Est. Bellomo). Per maggiore approfondimento sul punto, v. F. BELLOMO, *op. ult. cit.*, 770 ss., ove si rinviene la prima teorizzazione della sostanziale applicazione dello standard B.A.R.D. al processo amministrativo. Invero, la medesima impostazione caratterizza anche la giurisprudenza in materia di comunicazioni. Ciò pare dimostrato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2012, n. 4658), ove i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la pronuncia del Tar Lazio che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 della delibera AGCOM n. 366/2010, che prevedeva l'utilizzazione delle graduatorie Corecom come criterio per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali. Il giudice di legittimità, applicando un controllo di carattere intrinseco, ha annullato la predetta delibera ritenendo che il metodo prescelto dall'AGCOM per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali fosse incongruo giacché inidoneo ad accertare le abitudini e le preferenze degli utenti. La complessità della valutazione tecnica compiuta dall'Autorità non ha dunque impedito al giudice amministrativo di censurare l'operato dell'organismo tecnico, senza tuttavia sconfinare nell'esercizio di un potere sostitutivo. Per maggiore approfondimento, v. il commento di G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 11/2012, 2817 ss.

¹⁰⁵ F. LIGUORI, *op. cit.*, 96. Tale giurisprudenza induce l'A. a rilevare che sul piano concettuale l'opinabilità delle valutazioni tecniche non rappresenta più un limite al potere cognitivo del giudice, il quale "può con gli strumenti della moderna epistemologia riesaminare a fondo

accompagnarsi ad una persistente refrattarietà del giudice amministrativo nell'ammettere la consulenza tecnica¹⁰⁶, tendenza che rivela – forse – in controluce un certo approccio dinanzi alle questioni tecniche controverse, ponendo all'interprete un incoercibile interrogativo: il ricorso alla scienza propria del giudice costituisce davvero la migliore risposta?¹⁰⁷

Orbene, se da un lato appare senza dubbio ragionevole che, nel caso di controversia di carattere tecnico-scientifico, il giudice amministrativo non sovrapponga le proprie valutazioni alle scelte dell'amministrazione qualora essa abbia adottato soluzioni finali "equivalenti", dall'altro occorre rilevare che il giudizio di equivalenza in tanto è possibile in quanto il giudice abbia preventivamente accertato la attendibilità

l'operato dell'Amministrazione". L'A. esprime, tuttavia, alcune perplessità in ordine a detto avvicinamento alla sostanza economica delle questioni tecniche, che – a suo avviso – produce effetti sostanzialmente conservativi dell'operato dell'Autorità antitrust, "al punto che verrebbe (provocatoriamente) da chiedersi se non sia più opportuna – anche perché in concreto più efficace – la perpetuazione delle tradizionali tecniche di «aggressione» del potere discrezionale" (ID., *op. cit.*, 97).

¹⁰⁶ A conferma di tale tendenza, oltre alla cit. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, si vedano – seppur non precipuamente in materia antitrust – le decisioni di seguito considerate. In Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2002, n. 1204, il giudice amministrativo, in relazione ad una questione medico-legale, decide di non ammettere la consulenza tecnica, poiché servirebbe "solo per acquisire il parere di un altro soggetto tecnico da sovrapporre a quello degli organismi cui è affidato dalla legge tale compito istituzionale, con conseguente snaturamento dello strumento probatorio". In tal senso, v. anche Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 685 e Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043. Il primo caso concerne una vertenza promossa da un dipendente pubblico per il riconoscimento della causa di servizio nel caso di una neoplasia polmonare. Nel caso di specie, si trattava di verificare se l'inserimento in un ambiente lavorativo insalubre e saturo di fumo di sigarette avesse potuto determinare l'insorgenza della predetta malattia in un soggetto già fumatore abituale. Il Consiglio di Stato risponde negativamente, invocando a sostegno della propria decisione il fatto notorio, asseverato peraltro da un sito medico di internet, secondo cui l'abitudine al fumo costituirebbe una causa specifica e autonoma di insorgenza della neoplasia. In tal senso, Travi sottolinea che i giudici di legittimità scelsero di non avvalersi della consulenza tecnica, affrontando direttamente la questione tecnico-scientifica e dunque introducendo direttamente l'argomento tecnico, "senza quel confronto fra le parti che sarebbe assicurato da una consulenza d'ufficio" (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 448-449). Nella pronuncia del 2013, il Consiglio di Stato conferma la sentenza del Tar Abruzzo con la quale i giudici abruzzesi avevano riconosciuto la legittimità di un provvedimento di valutazione ambientale, che disponeva lo stralcio di alcune pale eoliche da un più ampio progetto al fine di salvaguardare l'habitat naturale dell'orso marsicano. Parte della dottrina esprime, tuttavia, alcune perplessità in merito alla scelta di non disporre la consulenza tecnica, che confermerebbe "una certa qual ritrosia del giudice amministrativo all'utilizzo della consulenza tecnica in nome del divieto di riesaminare le autonome valutazioni di pubblico interesse effettuate dall'amministrazione" (B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction". Brevi considerazioni a Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2015, 746).

¹⁰⁷ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 444.

delle valutazioni tecniche del potere amministrativo, verifica che postula necessariamente il possesso di cognizioni estranee al patrimonio conoscitivo del giudice, attingibili esclusivamente mediante il ricorso allo strumento della consulenza tecnica. Come sostenuto in dottrina, si rende cioè necessario che il predetto giudizio comparativo si svolga non già in astratto per categorie generali o per materia, qualificando *a priori* la questione tecnico-scientifica come “opinabile”, bensì in concreto: ogni qualificazione dovrebbe infatti essere preceduta dall’acquisizione al processo di tutti gli elementi scientifici e tecnici necessari a stabilire se la valutazione compiuta dall’amministrazione risulti condivisibile o rappresenti una delle soluzioni equivalenti¹⁰⁸.

Diversamente argomentando, vi è il rischio di ricadere nel cortocircuito epistemico già paventato con riferimento al processo ordinario: nel momento in cui il giudice amministrativo non dispone la consulenza tecnica, poiché reputa di poter apprezzare l’attendibilità delle valutazioni di carattere tecnico-scientifico compiute dall’amministrazione mediante i criteri logico-giuridici da lui stesso elaborati, e dunque prescindendo dall’intermediazione del sapere specialistico, vi è il pericolo che egli atteggi come un “apprendista stregone” che “assume le vesti dello scienziato senza averne le capacità”¹⁰⁹. Autorevole dottrina ritiene, in tal senso, che il rifiuto della consulenza tecnica sia in realtà “il rifiuto di un confronto ordinato con i ‘tecnici’”, che provoca un impoverimento della risposta di giustizia tanto dal punto di vista delle garanzie processuali, quanto dal punto di vista sostanziale: il giudice, nell’aggirare il confronto con il sapere tecnico-scientifico, rischia infatti di offrire una tutela meno salda nei suoi presupposti tecnico-scientifici¹¹⁰.

¹⁰⁸ A. TRAVI, *op. cit.*, 460-461. Parte della dottrina ritiene che il conseguimento di tale risultato sarebbe senza dubbio agevolato laddove si istituisse “uno staff di supporto dei magistrati prevedendo la figura degli assistenti dei giudici (dei singoli magistrati o, quanto meno, del collegio), secondo il modello già sperimentato della Corte costituzionale, e costituire anche veri e propri uffici studi e documentazioni” (M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, cit., 3871).

¹⁰⁹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., 309. Per maggiore approfondimento sul punto, si rinvia alle riflessioni svolte nel paragrafo 5 del capitolo 3.

¹¹⁰ A. TRAVI, *op. cit.*, 460. L’atteggiamento della giurisprudenza amministrativa sembra, in tal senso, ricercare “equilibri settoriali”, rinunciando ad un’analisi caso per caso (ID., *op. ult. cit.*, 454). Tale tendenza parrebbe connotare anche la giurisprudenza in materia di appalti; un accurato studio ha, infatti, dimostrato come il giudice amministrativo tenda ad espandere il proprio sindacato sulle valutazioni tecniche effettuate nell’ambito di una procedura di appalto, con un’intensità variabile a seconda della natura degli interessi coinvolti dalla stessa

valutazione amministrativa. In particolare, è stato rilevato che il controllo giudiziale è incline ad espandersi laddove la valutazione tecnica incida direttamente sulla concorrenza (M. GATTI, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3/2009, 529 ss., in particolare 552-553).

CAPITOLO QUINTO

IL “FATTO TECNICO-SCIENTIFICO” NEL PROCESSO COSTITUZIONALE

1. Premessa introduttiva. 2. Il rilievo del dato tecnico-scientifico nel sindacato di legittimità costituzionale. 3. L'accertamento del fatto scientifico: poteri e strumenti. 4. Le applicazioni giurisprudenziali: casi e problemi.

1. Premessa introduttiva

Si è scelto di dedicare l'ultima parte del lavoro allo studio dell'interazione tra giudice e dato tecnico-scientifico nel processo costituzionale, il quale – evidentemente – presenta netti elementi di diversità rispetto al processo ordinario e al processo amministrativo sino ad ora analizzati. Non può, infatti, sottacersi che la Corte costituzionale rappresenta un giudice di natura ‘ibrida’, attesa la (forse) irrimediabile compenetrazione della dimensione giurisdizionale con quella politica, che discende dalla posizione occupata dall'organo nel sistema dei poteri costituzionali e dalle funzioni di cui esso è depositario nell'ordinamento.

Invero, pur a fronte delle peculiarità che – come si vedrà – connotano l'organo di giustizia costituzionale e il processo che dinanzi ad esso si svolge, l'obiettivo di chi scrive è quello di comprendere se e come il progresso scientifico e tecnologico incida sull'attività del giudice delle leggi. A tal fine, il presente contributo intende, in primo luogo, offrire una breve mappatura dello stato dell'arte, idonea a raffigurare le occasioni in cui la Corte costituzionale si è più frequentemente imbattuta in questioni scientificamente sensibili, nonché a tratteggiare l'approccio sinora adottato dal giudice delle leggi dinanzi alle problematiche sollevate dalla scienza; in secondo, luogo, si tenterà di verificare di quali strumenti tecnici disponga il giudice delle leggi nell'ipotesi in cui si avveda di non possedere le conoscenze specialistiche necessarie per lo svolgimento del proprio sindacato di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al giudizio in via incidentale; infine, si procederà ad analizzare alcune vicende giurisprudenziali in cui la Corte è stata chiamata a verificare l'attualità e la ragionevolezza dei presupposti tecnico-scientifici delle norme oggetto del proprio controllo di costituzionalità, scegliendo (o meno) di azionare i propri poteri conoscitivi.

2. Il rilievo del dato tecnico-scientifico nel sindacato di legittimità costituzionale

Come si è tentato di dimostrare nel corso della presente trattazione, il progresso scientifico permea oramai i rapporti interpersonale e assume un ruolo determinante nell'evoluzione della coscienza sociale e nello sviluppo dello Stato-comunità¹, al punto da divenire – come sostenuto in dottrina – strumento di invero dei valori costituzionali². Non può, dunque, sorprendere che il “fatto scientifico”, ossia determinato dal progresso della scienza e della tecnologia³, abbia rappresentato in molteplici casi il fulcro della decisione del giudizio di compatibilità della disciplina legislativa con i diritti e gli interessi tutelati dalla Carta costituzionale⁴, soprattutto nel campo della bioetica e delle biotecnologie.

In via preliminare, occorre svolgere una breve premessa definitoria rivolta a chiarire quale significato assuma la nozione di “fatto” nel giudizio di legittimità delle leggi⁵. Se, tradizionalmente, il fatto processuale identifica un accadimento passato, concreto ed individuato, di cui le parti devono offrire la prova al fine di sorreggere e di comprovare le domande e le eccezioni esperite in giudizio, lo stesso non vale nell'ambito del processo costituzionale: il giudice delle leggi può infatti conoscere solo i cosiddetti *legislative facts*, ossia i “fatti sociali, economici, politici, scientifici, e quindi anche concatenazioni causali tra questi accadimenti e relative «leggi

¹ E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 11. Secondo l'A., il fatto tecnologico pone la realtà sociale in costante frizione con “i fondamenti storico-culturali che sostengono una determinata «identità costituzionale»” (ID., *op. cit.*, 24).

² A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, Il Mulino, 2001, 21.

³ G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, Giappichelli, 2002, 436. Per maggiore approfondimento sul tema dei fatti nel processo costituzionale, v. *infra* paragrafo 3 e paragrafo 4.

⁴ Per maggiore approfondimento sul punto, v. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, *Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2006, 5 ss.; F. SORRENTINO, *Le questioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale*, relazione al Convegno “*Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*”, Firenze, 7-8 maggio 2004.

⁵ Per una succinta ma chiara ricognizione del rilievo del fatto nel processo costituzionale, v. tra gli altri F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 152-161.

scientifiche»⁶. Si tratta, dunque, di dati estranei al patrimonio di conoscenze proprio del giudice, che richiedono di attingere a cognizioni extragiuridiche provenienti – ad esempio – dalle discipline scientifiche o dalla comune esperienza⁷.

A ben vedere, le ipotesi in cui il dato tecnico-scientifico viene posto a fondamento delle decisioni del giudice delle leggi riguardano in prevalenza il controllo sulla “verosimiglianza” dei presupposti di fatto della norma, il quale mira, da un lato, ad accertarne la plausibilità e la congruenza⁸ e, dall’altro, a saggiare le “prognosi” che sorreggono la disciplina legislativa oggetto del giudizio di legittimità⁹.

Invero, la giurisprudenza costituzionale sembra aver accreditato una sorta di “presunzione favorevole” alle valutazioni legislative¹⁰, che si è tradotta in un atteggiamento di *self restraint* nei riguardi della “discrezionalità scientifica” del

⁶ R. BIN, *Atti normative e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, 334. L’A., nel recuperare una terminologia diffusa nella letteratura nordamericana, contrappone tale categoria di fatti ai c.d. *adjudicative facts*, che riguardano invece le parti del processo ossia “ciò che sono e quel che fecero”. Nello stesso senso, v. anche T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1998, 2803.

⁷ R. BIN, *op. loc. cit.* In tal senso, l’A. sottolinea che i “fatti legislativi” non sono ascrivibili ad una categoria univoca; al di là del dato tecnico-scientifico e dell’*id quod plerumque accidit*, può trattarsi ora di situazioni riferibili a classi ristrette di soggetti e poi estese in modo generalizzato, ora di situazioni solo ipotizzate dalla Corte, ora considerazioni prognostiche sugli effetti futuri di una norma (ID., *op. cit.*, 336).

⁸ In senso difforme, parte della dottrina più recente ritiene che il canone della congruità o congruenza della legge non possa trovare applicazione laddove si debba stabilire la ragionevolezza di una valutazione scientifica, stante la difficoltà “di introdurre questa distinzione con riferimento a giudizi di natura conoscitiva, preliminari alla scelta normativa che debbono essere funzionali ad un certo fine” (G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 38). Per maggiore approfondimento sul giudizio di congruità della legge, v. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 210-233.

⁹ R. BIN, *Atti normative e norme programmatiche*, cit., 328. Secondo l’A., si tratta di una verifica diretta a sondare la attendibilità delle relazioni di “interdipendenza causale in cui si esprime la razionalità di scopo del legislatore”; ciò, evidentemente, presuppone un’irruzione sul merito delle scelte legislative, rendendo l’apprezzamento dei fatti essenziale ai fini del controllo sulla razionalità della legge (ID., *op. cit.*, 338; ID., *La Corte e la scienza*, cit., 6). Nello stesso senso, v. Camerlengo, secondo il quale l’acquisizione di elementi conoscitivi propri delle discipline scientifiche e tecniche da parte del giudice costituzionale è principalmente finalizzato ad “appurare il ragionevole, congruo, proporzionato e, in ultima istanza, corretto esercizio della potestà legislativa” (Q. CAMERLENGO, *I Poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 165).

¹⁰ R. BIN, *Atti normative e norme programmatiche*, cit., 328. Tale tendenza era già stata registrata da A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere “privilegiato” delle valutazioni legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1986, 956 ss., 958 ss.

legislatore¹¹. Deve, tuttavia, rilevarsi che detta presunzione non presenta carattere assoluto, essendo destinata a cedere ogni qual volta gli elementi fattuali e previsionali appaiano palesemente irragionevoli e dunque inidonei ad offrire un valido fondamento scientifico alla legge¹². Tali ipotesi, che risultano – nei fatti – piuttosto infrequenti, appaiono riconducibili alla categoria argomentativa degli “anacronismi legislativi”, provocati dallo scostamento tra la situazione di fatto su cui era originariamente fondata la legge e la situazione attuale¹³.

¹¹ P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, 593. Parte della dottrina parla in tal senso di *deferential review*, ossia di quel tipo di sindacato “poco severo, benevolo nei confronti delle scelte legislative salvo appunto dimostrazione di arbitrarietà delle medesime”, in contrapposizione allo *strict scrutiny*, che si sostanzia invece in un controllo penetrante sul merito della scelta legislativa. Tale dottrina ritiene che l’atteggiamento di *judicial self restraint* sulle valutazioni scientifiche legislative di ordine scientifico risulti condivisibile per il presente e auspicabile per il futuro (G. GEMMA, *op. cit.*, 40, 73).

¹² In questo senso Corte cost. n. 114 del 1998, nella quale il giudice delle leggi dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 c.p., ritenendo che “a prescindere da ogni legittima discussione scientifica sulla esatta nozione dell’infermità mentale e del ricorso che a questa nozione ritiene di fare la giurisprudenza ordinaria, la non irragionevolezza della disposizione di cui all’art. 95 cod. pen. deve individuarsi nella opportunità di riaffermare anche nei casi in esame il superiore valore del principio di colpevolezza”. In tal senso, la Corte afferma che “non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire. Nella materia del diritto penale, anzi, questo specifico riscontro di costituzionalità deve essere compiuto con particolare rigore, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività. E tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice”. Per maggiore approfondimento, v. il commento di L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio e innova l’approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1998, 975 ss., nonché R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 331 ss.

¹³ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 316 ss. Secondo l’A., tale scarto può verificarsi anche nelle ipotesi in cui “è la realtà economica, scientifica o tecnologica a manifestare l’inadeguatezza dei presupposti «fattuali» della legge”. Per maggiore approfondimento sulla nozione di “anacronismo legislativo”, v. anche l’ampio e accurato studio di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 234-251. L’A. indaga tale figura argomentativa accanto all’ “eterogenesi dei fini”, alla “evoluzione” e alla “tradizione”, che compongono lo strumentario delle valutazioni storiche operate della Corte costituzionale al fine di sindacare la razionalità nel tempo della legge.

Può, altresì, accadere che la Corte giunga a contestare la fondatezza dei presupposti scientifici che sorreggono la legge oggetto del proprio sindacato manipolando fattispecie legislative eccessivamente rigide, al fine di conferire maggiore elasticità al giudice *a quo* nella individuazione della base scientifica della regola di giudizio da impiegare nel caso concreto¹⁴. Invero, se – come si è visto – in alcuni casi il presupposto di fatto rappresenta il fulcro della motivazione della decisione, vi sono tuttavia ipotesi in cui l'elemento fattuale costituisce un mero argomento retorico¹⁵, assumendo la valenza di una clausola di stile, impiegata al fine di rafforzare una decisione già autosufficiente¹⁶.

Alla luce di quanto sinora esposto, può dunque affermarsi che nella maggior parte dei casi il sindacato sulle valutazioni scientifiche viene condotto applicando il canone della ragionevolezza¹⁷, inteso nella sua specifica accezione di giudizio di razionalità della legge; come rilevato in dottrina, tale controllo si presta ad essere destrutturato “in una pluralità di figure tipiche, a seconda che la coerenza sistematica venga colta sotto il profilo logico, teleologico, storico cronologico”¹⁸. Impiegando lo schema classificatorio elaborato all'inizio degli anni Settanta da Lavagna¹⁹, uno dei

¹⁴ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6-7. Si vedano in tal senso Corte cost. nn. 438 e 439 del 1995 in materia di norme sulla detenzione di persone affette da Hiv, alle quali verrà dedicato specifica attenzione nel paragrafo 4 al quale pertanto si rinvia.

¹⁵ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 332. Si vedano, ad esempio, le sentenze nn. 231/1985, 472/1988 e 111/1995. Sul punto v. anche Luciani, il quale ritiene più che legittimo “sacrificare qualcosa sul piano del rigore dei tempi processuali, per ottenere di più su quello della capacità di persuasione e della forza argomentativa” (M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, 530).

¹⁶ G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 244.

¹⁷ Per le ragioni anzidette, parte della dottrina afferma che il sindacato del giudice costituzionale si atteggia non già come un controllo di merito sull'attendibilità dei dati tecnico-scientifici, risultando piuttosto circoscritto “ad un controllo esterno sulla non palese irragionevolezza della prognosi legislativa o della valutazione tecnica tradotta nella disciplina giuridica in oggetto”; detto approccio viene, tuttavia, criticato, soprattutto se confrontato allo *strict scrutiny* operato dal Tribunale costituzionale tedesco e dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nelle ipotesi in cui le soluzioni legislative oggetto di controllo di costituzionalità incidano sulle libertà e sui valori costituzionali fondamentali (Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 179, 179).

¹⁸ A. MORRONE, *op. cit.*, 146.

¹⁹ Lavagna aveva definito la ragionevolezza come “la utilizzazione razionale dei contesti umani nella costruzione di norme sulla base delle prescrizioni-fonte” (C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova,

primi autori ad occuparsi del tema della ragionevolezza, parte della dottrina più recente ha ritenuto che il giudizio sulle valutazioni scientifiche debba essere condotto applicando in particolare il canone della *pertinenza*²⁰, che consiste nello “stabilire se i mezzi normativi assunti nel perseguire una finalità si trovino con questa in rapporto di ragionevole strumentazione o meno”²¹.

Tale breve premessa teorica consente ora di spostare l’attenzione sul versante empirico: si ritiene, infatti, utile completare la presente ricognizione con l’analisi del dato giurisprudenziale, al fine di individuare le principali aree tematiche che hanno imposto alla Corte di confrontarsi con questioni di carattere tecnico-scientifico.

A ben vedere, l’indagine condotta permette di enucleare alcuni settori nevralgici nei quali le valutazioni operate dal giudice delle leggi sono state largamente debitorie delle acquisizioni della scienza e della tecnologia, rivelatesi essenziali al fine di chiarire il contenuto della fattispecie normativa, nonché di verificarne la conformità ai principi e ai valori costituzionali.

Indubbiamente, una delle aree tematiche su cui si è appuntata maggiormente la riflessione della Corte costituzionale è quella della bioetica, che attrae e ricomprende le scienze mediche, biologiche e biotecnologiche²². All’interno di questo ambito, particolare rilievo hanno assunto le decisioni in materia di procreazione medicalmente

Cedam, 1973, 1580). L’A. aveva dunque proposto una ricostruzione del principio di ragionevolezza sulla base dei canoni di valutazione che esso implica, ossia la corrispondenza, la finalità, la pertinenza, la congruità, l’evidenza e la motivazione. Per ulteriore approfondimento sul principio di ragionevolezza, v. anche A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, voce in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XXV, 1991 (voce aggiornata nel 2004); P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994, 2 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Milano, Utet Giuridica, 1997, 341 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit.

²⁰ Così G. GEMMA, *op. cit.*, 37-38.

²¹ P. BARILE, *op. cit.*, 31.

²² Tali questioni formano oramai oggetto di una disciplina giuridica specifica, il *biodiritto*, che si occupa proprio di studiare le complesse interazioni tra scienze, forme di vita e diritto. Per un maggiore approfondimento, v. *ex multis* C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, Giappichelli, 2012; C. FARALLI (a cura di), *Bioetica e biodiritto: problemi, casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2010.

assistita²³, di trattamenti terapeutici²⁴, di fine vita e di donazione degli organi²⁵, ambiti nei quali il dato strettamente giuridico-costituzionale si è inevitabilmente intrecciato con delicatissimi profili etici, che hanno innescato un'aspra conflittualità tra mondo laico e mondo cattolico, dividendo altresì l'opinione pubblica.

²³ Si vedano Corte cost. nn. 84/2016, 162/2014, 150/2012, 97/2010, 151/2009, 96/2015, 229/2015, 84/2016. Per una ricostruzione sistematica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, si segnalano tra i più recenti contributi: A. SABRINA, *Il diritto ad accedere alla p.m.a. eterologa: disciplina e problemi attuativi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2017, 28 ss.; G. BALDINI, *Embrioni supranumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessioni a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte Edu*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 13 ss.; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it.*, 10/2016, 28 ss.

²⁴ Si segnalano, in particolare, Corte cost. nn. 185/1998, 121/1999, 188/2000, 279/2003, relative al c.d. “multitrattamento di Bella”. Per maggiore approfondimento della relativa vicenda, v. tra gli altri A. SCALERA, *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal “caso di Bella”. Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10/2014, 437 ss.; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2/2015, 271 ss. Altrettanto rilievo ha assunto la vicenda legata all'impiego del c.d. “metodo Stamina”, che ha suscitato due pronunciamenti della Corte costituzionale: Corte cost. nn. 185/1998 e n. 274/2014. Si rinvia, per ogni ulteriore approfondimento, alle riflessioni di C. NARDOCCI, *Caso “Stamina”: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2015, 160 ss.; G. SERENO, *Il “caso Stamina” all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 1/2015. Si segnala altresì Corte cost. n. 282/2002, ove, nell'ambito di un giudizio in via principale tra Stato e Regione Marche, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Marche n. 26 del 2001 recante la disciplina della “Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri interventi simili di psicoturgia” per contrasto con l'art. 117, co. 3, Cost. Si tratta senza dubbio di un caso rilevante ai fini che qui interessano, giacché la Corte se, da un lato, sottolinea che la scelta legislativa deve essere ancorata alle acquisizioni scientifiche e sperimentali disponibili, dall'altro riconosce la sussistenza di una sfera di discrezionalità irriducibile quantomeno – come affermato in dottrina – “per fugare il dubbio di una «verità scientifica» che possa imporsi al Parlamento relegandolo al ruolo di mero portavoce istituzionale” (D. MORANA, *La tutela della salute fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2042). Per ulteriore approfondimento, v. i commenti di A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2027 ss.; A. GRIGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, in *Il Foro Italiano*, 2/2003, 406 ss.

²⁵ Si veda, in particolare, Corte cost. n. 414/1995, per la quale si rinvia ai commenti di A. CELOTTO, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1996, parte 1, 28 ss.; S. NICCOLAI, *(Su art. 589 c.p. e disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1996, parte 1, 27 ss. Sul punto si segnalano anche Corte cost. nn. 195/2015, 262/2016.

Al di là del dato sociologico, occorre rilevare che il massiccio intervento della Corte costituzionale in tali settori scientifici ha sollecitato un'ampia elaborazione dottrinale, approdata, tra l'altro, a teorizzare il paradigma della "ragionevolezza scientifica"²⁶, quale criterio di legittimità delle valutazioni legislative aventi ad oggetto questioni latamente afferenti alla vita umana, nonché a configurare la scienza quale parametro interposto di costituzionalità²⁷.

Un altro campo nel quale si è registrata una forte interazione tra diritto e scienza è quello penalistico: il giudice delle leggi ha dovuto infatti confrontarsi sovente con le scienze psichiatriche, tossicologiche e mediche al fine di circoscrivere e inverare la portata semantica delle diverse fattispecie ascrivibili alla categoria penalistica della imputabilità. La Corte costituzionale si è, in particolare, intrattenuta sulla nozione di infermità di mente (artt. 88-89 c.p.) e di ubriachezza e alcolismo (artt. 91, 92, 93, 95 c.p.)²⁸, spesso nell'ambito di giudizi di ragionevolezza su una disciplina che prevedeva una disparità di trattamento rispetto ad un'altra.

²⁶ S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817 ss.; ID., *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista del BioDiritto*, 1/2016, 41 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 6.

²⁷ Così Casonato, secondo il quale il rapporto tra scienza e diritto dovrebbe essere governato dal principio di sussidiarietà, secondo "una dimensione costituzionalmente orientata in cui la scienza si interpone fra Costituzione italiana e legge riempiendo di significato il bene salute contenuto nella prima parte (art. 32) e condizionando così la legittimità della seconda" (C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 6). In tal senso, l'A. ha cura di individuare tre ordini di limiti cui la tesi in parola necessariamente soggiace: in primo luogo, il suo perimetro applicativo coincide con la verifica della costituzionalità delle sole leggi che incidono sul contenuto del diritto fondamentale alla salute; in secondo luogo, la tesi risulta applicabile solo nelle ipotesi in cui i dati scientifici rilevanti incontrino un elevato grado di condivisione nella comunità scientifica di riferimento; infine, si sottolinea che il dato scientifico deve sempre essere temperato con gli altri principi, interessi e valori di pari rango costituzionale (ID., *op. cit.*, 10-11). In senso parzialmente analogo, si veda altresì la posizione di Spadaro, il quale afferma la necessità di elevare le c.d. micro-verità scientifiche "al rango – in taluni casi – di vero e proprio parametro superiore di costituzionalità (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, 134).

²⁸ Tra le pronunce più recenti, si segnala Corte cost. n. 45/2015 in materia di infermità mentale irreversibile, ove la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 159, co. 1, c.p., "nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile". Aderendo alla tesi avanzata dal giudice *a quo*, il giudice delle leggi afferma infatti che in tal modo sarebbe

Si registra, altresì, un nutrito gruppo di pronunce in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali²⁹, in materia di filiazione³⁰ e in materia di emissioni inquinanti³¹.

Evidentemente, laddove il dato scientifico venga impiegato al fine della migliore risoluzione del caso in esame, esso finisce per offrire alla Corte una legittimazione “scientifica”, che si regge non già sulla non falsificabilità delle proprie asserzioni, bensì sull’esibizione di un’adeguata motivazione³² che dia conto del peso specifico rivestito dalla componente tecnico-scientifica nel percorso logico-argomentativo che ha condotto il giudice alla decisione³³. Tale operazione deve, in ogni caso, essere condotta

violato anche il diritto di difesa garantito dall’art. 24 Cost., «poiché l’imputato affetto da gravi malattie, anche se, a seguito di nuove scoperte della scienza medica, fosse successivamente, dopo un lungo lasso di tempo, in condizioni fisiche per [...] seguire coscientemente il processo, non sarebbe in grado di potersi adeguatamente difendere». Si segnalano, sul punto, i commenti di D. MICHELETTI, *“Eterni giudicabili: dal monito alla dichiarazione d’illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2015, 380 ss., e di M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più “eterni giudicabili”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015. Sempre in tema di incapacità processuale dell’imputato, si segnalano anche ord. n. 289/2011, ord. n. 33/2003. In materia di infermità mentale dell’imputato, si segnalano poi ord. n. 374/2004, ord. n. 88/2001, sent. n. 324/1998, sent. n. 330/1994, ord. n. 111/1990, sent. n. 249/1983, sent. n. 139/1982, ove la Corte svolge considerazioni molto interessanti intorno al ruolo della scienza medica al fine dell’accertamento e della delimitazione della condizione di infermità mentale (irreversibile, totale o parziale). Si rammentano, altresì, la già analizzata sent. n. 114/1998 in materia di ubriachezza e alcolismo, nonché sent. n. 124/1970 concernente l’utilizzabilità processuale della scienza psicologica.

²⁹ Si vedano, tra le altre, le sentenze n. 376/2008, n. 434/2002, n. 350/1997, n. 14/1994, n. 544/1990, n. 475/1988 (in materia di igiene sul luogo di lavoro), n. 228/1897, n. 160/1977, n. 358/1991.

³⁰ Si segnalano, tra le altre, le sentenze n. 266/2006, n. 170/1999, n. 134/1985. In particolare, nella seconda delle pronunce citate, il giudice delle leggi, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 244, co. 2, c.c. – che disciplina i termini per esercitare l’azione di disconoscimento della paternità – per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., afferma che la ricerca della verità naturale è agevolata “dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall’elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini”.

³¹ Si rinvia, in particolare, alle pronunce n. 53/1991, n. 278/2010, n. 63/2013, n. 85/2013.

³² In tal senso, parte della dottrina ritiene che le decisioni della Corte soffrono un difetto di documentazione, omettendo sovente di offrire indicazioni puntuali sulla condivisione e sull’autorevolezza dell’opinione scientifica avvalorata nella motivazione (G. GEMMA, *op. cit.*, 76).

³³ G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 263-264. In tal senso, l’A. afferma che maggiore è la precarietà dell’elemento scientifico, maggiore è lo spazio per giudizi di valore. A ben vedere, si esprime in termini di “legittimazione scientifica” delle decisioni della Corte costituzionale anche Spadaro, il quale, avvertendo il rischio di una prossima sostituzione della legittimazione costituzionale con quella scientifica, afferma che “se davvero si giungerà a tale parossistica forma di legittimazione, avremo semplicemente sostituito un «mito» (scienza) ad un altro «mito» (Costituzione)”. Ad avviso dell’A., nessuna delle tre forme di legittimazione delle decisioni nello Stato costituzionale – democratica, costituzionale e scientifica – “è in grado, da

nella consapevolezza che l'utilizzo del dato scientifico è sempre funzionale alla "ottimale realizzazione dei valori costituzionali"³⁴, acquistando valore decisivo nel giudizio di costituzionalità solo quando risulta conforme e coerente con il patrimonio costituzionale³⁵.

Portando ad ulteriore sviluppo le predette tesi, autorevole dottrina sostiene che la giustizia costituzionale, definendo la "misura della scienza", sia chiamata a garantire che le acquisizioni della scienza e della tecnica si armonizzino con i principi e i diritti fondamentali che profilano la nostra identità costituzionale, stornando così il rischio di pericolose derive tecnocratico-scientiste³⁶. Lo strumento mediante cui assicurare che diritto e scienza si coniughino nel senso della complementarietà e della reciproca integrazione è – come si è visto – il principio di ragionevolezza, in quanto espressione di "quel senso etico che, nelle diverse dimensioni della storia, è chiamato a sorreggere le basi della convivenza"³⁷. Se, dunque, la scienza trova il proprio limite nei diritti e nelle libertà fondamentali sancite dalla Costituzione, anche il diritto è analogamente

sola, di garantire l'equilibrio che caratterizza tale delicatissimo ordinamento" (A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni dello Stato costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 577).

³⁴ G. D'AMICO, *op. cit.*, 264.

³⁵ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 432.

³⁶ E. CASTORINA, *op. cit.*, 30. Secondo l'A., "la «potenza della tecnica» e la sua capacità di realizzare sempre nuovi scopi, facendo leva anche sulle sollecitazioni dell'economia di mercato, trovano nella rigidità della Costituzione una griglia di valori che non è diretta, ai nostri giorni, soltanto a limitare il potere politico a garanzia dei diritti dei cittadini – secondo le finalità del primo costituzionalismo – ma a regolare la crescente tendenza del «potere tecnico» [...] di servirsi del potere politico come mezzo per tradurre in disciplina positiva ogni nuova acquisizione che incida sullo statuto naturale della persona umana". Proprio in relazione al rischio di una deriva scienziata della Corte costituzionale, si segnalano le riflessioni critiche di Morrone, il quale esprime una certa perplessità sull'operazione di bilanciamento compiuta dal giudice delle leggi nella cit. sent. 162/2014, che – come noto – ha annullato il divieto legislativo di fecondazione eterologa. L'A. ritiene, infatti, che in quell'occasione la Corte avrebbe operato una sorta di riformulazione dell'idea costituzionale di persona umana "more scientifico", di talché "non è la persona umana disegnata nella Costituzione a definire il recinto delle libertà fondamentali, ma sono la scienza e la tecnica, con le potenzialità ad esse collegate, a tracciare lo spazio di libertà consentito all'individuo" (A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014, 68-69). Per maggiore approfondimento sulla specifica vicenda giurisprudenziale, v. il commento ID., *Ubi scientia ibi iura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 giugno 2014.

³⁷ E. CHELI, *op. cit.*, 9. Nello stesso senso, v. anche G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 434-435.

tenuto a rispettare e garantire la libertà della ricerca scientifica, evitando di imporre soluzioni o divieti di ispirazione ideologica in campi dominati dal principio di incertezza³⁸.

3. L'accertamento del fatto scientifico: poteri e strumenti

Individuate, dunque, le coordinate entro cui si iscrive il rapporto tra diritto e scienza nell'ambito del sindacato di costituzionalità, occorre ora rivolgere l'attenzione alla questione che – ad avviso di chi scrive – rappresenta l'aspetto più interessante della attuale indagine, soprattutto se inserita nel quadro complessivo della ricerca qui condotta: l'accertamento del dato scientifico da parte del giudice delle leggi.

Si tratta di una questione alquanto complessa, giacché – come si è rilevato – la Corte costituzionale non è giudice del fatto, bensì giudice delle leggi, essendo deputata a conoscere le leggi e a giudicarne la conformità con il dettato costituzionale³⁹. Ne discende che, laddove si prospettino questioni ad elevata complessità tecnico-scientifica, “si ripresenta regolarmente il problema di come accertare gli elementi scientifici, posto che i componenti della Corte sono tutti giuristi e così anche tutto il personale assistente”⁴⁰. Invero, se la peculiare fisionomia dell'organo di giustizia costituzionale rappresenta senz'altro un limite all'attività di accertamento e di valutazione del dato scientifico, ciò non può tuttavia indurre la Corte a restaurare il tralatizio brocardo *iudex peritus peritorum*⁴¹.

³⁸ Si segnalano, in tal senso, i rilievi critici di BIN in materia di procreazione medicalmente assistita: l'A. ritiene infatti che il divieto di svolgere la ricerca sperimentale sugli embrioni umani “rivela tutta la sua matrice ideologica ed è diretta a colpire proprio il «contenuto» della ricerca scientifica”, giacché il legislatore non ha alcuna competenza per intervenire in materie – come questa – che richiedono una solida base scientifica (R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 17 ss.).

³⁹ Secondo Cappelletti, nel processo sulla validità costituzionale delle leggi si ha “l’attuazione della (concreta volontà della) norma costituzionale rispetto alla norma ordinaria, e si ha quindi, se si vuole, l’aggiudicazione, *erga omnes* o piuttosto *pro omnibus*, di quel bene che consiste nella cessata *subjectio* dei cittadini [...] ad una legge incostituzionale (o nell’accertamento della loro non-soggezione a quella legge). Mentre invece nella causa principale si persegue l’«attuazione» della legge rispetto alla concreta fattispecie dedotta in giudizio” (M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, 16).

⁴⁰ Così M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in AA. VV., *Forum: Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2007, 10-11. A quanto consta, sembra che tuttora il personale assistente sia composto da giuristi.

⁴¹ Si rinvia, in tal senso, alle riflessioni svolte nel capitolo 3.

Nell'approssimarsi a tale questione, occorre preliminarmente indagare lo statuto processuale del giudizio costituzionale, e in particolare del giudizio in via incidentale, con specifico riferimento al ruolo rivestito dalle parti e dai terzi e – soprattutto – ai poteri istruttori di cui dispone la Corte, al fine di comprendere quali siano gli strumenti concretamente compulsabili per potenziare le cognizioni tecnico-scientifiche del giudice delle leggi.

Evidentemente, i soggetti che per primi sono chiamati ad arricchire il patrimonio di conoscenze disponibili al giudice sono le parti. Il principio dell'onere della prova rappresenta, infatti, la regola cardinale intorno alla quale gravita ogni giudizio ordinario di natura contenziosa: in tal senso, la fase istruttoria identifica per l'appunto quel segmento processuale nel corso del quale vengono acquisiti e/o assunti gli elementi fattuali posti a fondamento dell'attività difensiva delle parti. Evidentemente, l'istruzione probatoria risulta ancor più decisiva allorché il giudizio implichi il confronto con il dato tecnico-scientifico: come si è visto, in tali ipotesi soccorrono gli istituti della consulenza tecnica e della perizia, mediante i quali le parti introducono nel processo quelle cognizioni scientifiche e tecniche che il giudice non possiede e che non potrebbe altrimenti acquisire.

Invero, tale statuto processuale risulta estraneo al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, che presenta una disciplina del tutto peculiare in ragione delle specifiche modalità attraverso cui si attua il controllo di costituzionalità, nonché del ruolo di cui il giudice delle leggi è depositario nel nostro ordinamento costituzionale. Il carattere meramente facoltativo ed eventuale dell'iniziativa probatoria attesta, infatti, che tale giudizio non è governato dal principio dell'onere della prova⁴²: tale peculiarità rende, pertanto, infruttuoso ogni tentativo di

⁴² A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 137 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Garanzie costituzionali*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1981, 280. Nello stesso senso, v. anche G. ABBAMONTE, *Processo costituzionale*, vol. I, *Il sindacato incidentale*, Napoli, Jovene, 109-110, il quale evidenzia come la disponibilità delle prove spetti alla Corte. Sulla natura ufficiosa del giudizio costituzionale, v. anche gli attenti rilievi di Chieppa, il quale sottolinea che “di fronte al carattere rigidamente ufficioso del processo costituzionale, nel quale manca qualsiasi impulso o iniziativa delle parti, deve ritenersi che il giudice, nel dare ingresso alla questione di legittimità costituzionale, debba fare trasmettere tutti gli atti, sia fascicolo d'ufficio sia fascicoli di parte” al duplice fine della precisazione dell'oggetto e della prova nel giudizio di costituzionalità, ove ciò si renda necessario (R. CHIEPPA, *Nota a ordinanza 30 novembre 1957, n. 127*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 1223).

comparazione o di assimilazione con il processo che si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria o speciale⁴³. Se, infatti, da un lato, le parti del processo principale hanno il potere di costituirsi dinanzi alla Corte, dall'altro la mancata costituzione delle stesse non arresta il corso del processo, giacché vale il principio secondo cui "la Corte, una volta investita della questione stessa, deve dar corso ai compiti cui è chiamata dall'ordinamento"⁴⁴: di qui la tradizionale qualificazione del giudizio in via incidentale come *giudizio a parti eventuali*.

Quanto detto induce a riconsiderare l'attualità dell'impressione formulata a metà del secolo scorso da Carnelutti, il quale – con un giudizio forse eccessivamente *tranchant* – aveva preconizzato per le parti del processo costituzionale un ruolo analogo a quello della marionetta⁴⁵, a conferma della recessività della tutela dello *ius litigatoris* rispetto all'interesse pubblico alla legittimità della legge. In relazione al tema che ci occupa, tale marginalità delle parti viene ancor più stigmatizzata, giacché l'onere di introdurre nel processo costituzionale le acquisizioni del progresso tecnico-scientifico

⁴³ L'unica timida eccezione è forse rappresentata dal giudizio amministrativo di legittimità, atteso che l'art. 22 della l. 11 marzo 1953, n. 87 - recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale" - afferma che "Nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli articoli 43 e seguenti, si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento". Si è tuttavia visto come la legge n. 205 del 2000 e poi il Codice del processo amministrativo del 2010 abbiano profondamente modificato l'istruttoria nel giudizio amministrativo: tale dato parrebbe dunque confermare la divaricazione tra il modello processuale del giudizio di legittimità costituzionale e i modelli processuali propri della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa.

⁴⁴ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 958. La mancata costituzione delle parti non ha dunque alcuna influenza sullo sviluppo del processo costituzionale, né determina la situazione processuale di assenza o di contumacia. Proprio per tale ragione, parte della dottrina afferma che non si possa parlare in senso tecnico di parti sostanziali, quanto piuttosto di "soggetti interessati" al giudizio che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale (R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 113). Nello stesso senso, v. anche P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, 62-63; M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 164 ss.; S. VILLARI, *Il processo costituzionale: nozioni preliminari*, Milano, Giuffrè, 1957, 119 ss.

⁴⁵ Il Maestro friulano, confrontandosi con le riflessioni del collega Andrioli, afferma quanto segue: "[...] a questo punto io vorrei fare un poco di realismo giuridico osservando che nel giudizio singolare le parti hanno una figura rilevante, una influenza effettiva, insomma spiegano una vera potenza; ma cosa saranno esse davanti alla Corte costituzionale? Dio mi perdoni; ma, mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte costituzionale ho paura che assumerà l'aspetto di una marionetta" (F. CARNELUTTI, *Intervento*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, 30 settembre – 3 ottobre 1950, Padova, Cedam, 1953, 68).

– ove rilevanti ai fini della decisione – incombe in primo luogo sulle parti private e – nel giudizio in via principale – sulle Regioni e sullo Stato, i quali “potrebbero e dovrebbero farsi maggiormente carico di incrementare il corredo tecnico-scientifico della Corte”⁴⁶.

Nella stessa direzione, si inserisce altresì l’orientamento giurisprudenziale che – in via generale – esclude la partecipazione al processo costituzionale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*⁴⁷, a testimonianza del carattere *obiettivo* del processo

⁴⁶ Così M. CARTABIA, *op. cit.*, 12.

⁴⁷ Come noto, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale è inammissibile l’intervento di soggetti diversi da quelli che partecipano al giudizio *a quo* (v. tra le altre Corte cost. nn. 30/1956, 22/1958, 97/1970, 43/1972, 145/1973, 43/1982, 191/1983, 65/1984, 298/1985, 272/1987, 1022/1988, 124/1990, 356/1991, 226/1993, 129/1998, 262/2002, 163/2005, 51/2006, 263/2009, 293/2011, 67/2012, 32/2013, 162/2014, 33/2015, 227/2016). Come rilevato da autorevole dottrina, l’inammissibilità dell’intervento dei terzi nel processo costituzionale rinverrebbe la propria giustificazione processuale nel fatto che la sentenza della Corte costituzionale produce i suoi effetti anche se i destinatari della stessa non partecipano al processo: tale rilievo viene impiegato per “negare che nel processo di legittimità costituzionale si delinei la situazione, che dà materia al fenomeno dell’intervento: il pregiudizio, cioè, che dall’emananda sentenza derivi direttamente al terzo” (V. ANDRIOLI, *L’intervento nei giudizi incidentali di legittimità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 283). Occorre, tuttavia, sottolineare che tale regola generale ha conosciuto alcune eccezioni, le quali, se da un lato non possono ritenersi sintomatiche di una generale apertura del contraddittorio ai soggetti terzi, dall’altro rappresentano però il superamento della posizione di rigida chiusura originariamente assunta dal giudice delle leggi. È stato così ritenuto ammissibile l’intervento di chi vanta un interesse diretto, individualizzato e riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio *a quo*, quando l’esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell’interveniente (v. Corte cost. nn. 315/1992, 421/1995): per esempio, quando la legge impugnata è già stata applicata, con un provvedimento individuale, nei confronti dell’interveniente (v. Corte cost. n. 20/1982), oppure quando dalla definizione dell’incidente di costituzionalità dipende la legittimazione, attualmente mancante, a intervenire nel giudizio principale (v. Corte cost. n. 429/1991, annotata da M. D’AMICO, *La Corte riconosce l’interesse della parte privata (estranea al processo «a quo») ad intervenire nel giudizio costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/1992, 385 ss.), o ancora quando l’interesse di cui è titolare l’interveniente, pur se formalmente esterno a un giudizio cautelare da cui proviene l’ordinanza di rimessione, inerisce immediatamente al rapporto sostanziale in quanto incompatibile con l’interesse fatto valere dalla domanda di provvedimento d’urgenza (v. Corte cost. n. 314/1992, annotata da R. ROMBOLI, *L’intervento nel processo costituzionale: finalmente verso un’apertura del contraddittorio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1992, 2605 ss.). Si segnalano, altresì, in tempi più recenti Corte cost. nn. 284/2002, 50/2004, 389/2004, 172/2006, 128/2008, 38/2009, 85/2013, 237/2013, 318, 2013, 100/2014 (quest’ultima annotata da R. ROMBOLI, *L’“interesse qualificato che legittima l’intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2014, 1810 ss.). Conviene in tal senso ricordare che, con specifico riferimento all’intervento dei legittimi contraddittori pretermessi nel giudizio *a quo*, già negli anni ’50 erano state avanzate alcune perplessità. Si segnala, in particolare, la voce critica di Redenti, il quale non condivide affatto la posizione espressa dalla giurisprudenza costituzionale dell’epoca: egli ritiene infatti che “la Corte dovrebbe dichiarare improponibile o

costituzionale incidentale, rivolto alla “cura di interessi pubblici, privi di qualunque specificazione che li ricollegli alla sfera giuridica della parte o di una collettività cui essa appartenga”⁴⁸. Peraltro, a differenza dell’esperienza anglo-americana, anche il ruolo degli *amici curiae* risulterebbe irrilevante ai fini che qui interessano, giacché il processo costituzionale italiano non consente a costoro di immettere nel giudizio studi e ricerche intese ad accrescere la documentazione della Corte⁴⁹.

Le considerazioni sopra esposte non sono pienamente esportabili nel giudizio in via principale, il quale presenta forse minore interesse ai fini che qui rilevano. Tradizionalmente configurato come un *giudizio di parti* – e dunque disponibile –, il processo in via d’azione è infatti caratterizzato da una fisionomia sfuggente, ritenuta da taluni oscillante “tra controllo giurisdizionale delle leggi e conflitto di attribuzioni”⁵⁰: tale argomento ha condotto parte della dottrina tradizionale a ritenere che la funzione di siffatto giudizio dovrebbe rinvenirsi nella tutela dell’interesse

improcedibile il giudizio davanti a lei per manifesta infondatezza dell’ordinanza (senza pregiudizio della questione di costituzionalità *quoad substantiam*), [...] quando si avveda che non sono in giudizio i necessari e legittimi contraddittori” (E. REDENTI, *Il “contraddittorio” davanti alla Corte costituzionale. Questioni di procedibilità e di integrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 436). Laddove, infatti, il processo originario non sia stato istituito dinanzi a chi sarebbe il necessario contraddittore per il merito, “come potrà affermare il giudice che il giudizio di merito davanti a lui non può essere definito indipendentemente dalla questione di legittimità?”: “possiamo pensare che la Corte si trovi imbavagliata dall’errore altrui [...] senza alcuna possibilità di critica, e debba quindi giudicare anche dove non ne ricorrono i presupposti di legge” (ID., *op. cit.*, 433). Per maggiore approfondimento sul tema dell’intervento nel processo costituzionale, v. R. ROMBOLI, *op. cit.*, 115 ss.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, *Commento all’art. 137 Cost.*, cit., 274. Nello stesso senso, v. anche Romboli, secondo il quale “gli eventuali interessi particolari dei soggetti costituiti davanti alla Corte non affiorano mai nel processo costituzionale, che si svolge al di sopra degli interessi delle parti, le quali partecipano al giudizio in funzione di collaborazione” (R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 113). Nello stesso senso, v. anche ID., *La parte del processo costituzionale: “amicus curiae” o titolare di interessi?*, in *Il Foro italiano*, 4/1982, 912 ss.

⁴⁹ In tal senso, occorre tuttavia rilevare che la collaborazione offerta dagli *amici curiae* trova – forse – un maggiore riconoscimento nel giudizio di ammissibilità del referendum. Per maggiore approfondimento sulla genesi e sul ruolo della figura dell’“amicus curiae”, v. G. CRISCUOLI, *Amicus curiae*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/1973, 187 ss.; P. BIANCHI, *Un’amicizia interessata. L’“amicus curiae” davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1995, 4751 ss.; E. SILVESTRI, *L’“amicus curiae”: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1997, 679 ss.

⁵⁰ G. VOLPE, Art. 137 Cost., IV, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1981, 332.

oggettivo dell'ordinamento, e non già nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive, né degli interessi delle parti necessarie, la cui protezione sarebbe “soltanto un effetto indiretto ed occasionale del giudizio” in quanto titolari di “interessi giuridici riflessi”⁵¹. In effetti, il giudizio in via principale si contraddistingue per il proprio carattere di *astrattezza*, giacché – a differenza del giudizio in via incidentale – non ha per oggetto una legge da applicare ad una fattispecie concreta⁵²; in tal senso, si segnala tuttavia una recente dottrina che invita a non trascurare gli elementi di concretezza che connotano il giudizio in via d'azione⁵³.

Tornando ora al giudizio in via incidentale, posto che il ruolo marginale delle parti – “ai limiti della violazione del principio del contraddittorio”⁵⁴ – e dei terzi non consente in alcun modo di arricchire le cognizioni extragiuridiche del giudice delle leggi, occorre verificare da un lato quali siano i poteri istruttori di cui dispone la Corte e dall'altro quale contributo possa apportare tale attività conoscitiva al fine dell'accertamento del dato tecnico-scientifico rilevante ai fini della decisione. Ciò nella

⁵¹ V. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.2, *La Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1974, 310 ss.

⁵² V. per tutti A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 530. Invero, come rilevato in dottrina, proprio il carattere astratto del giudizio in via d'azione esclude una serie di possibilità di utilizzo dei poteri istruttori e contribuisce a spiegare “tanto il numero limitato di istruttorie effettuate nel corso dei giudizi in via principale, quanto il contenuto delle relative ordinanze, rivolte, tranne poche eccezioni, alla verifica della ammissibilità del ricorso, sotto il profilo della permanenza dell'interesse” (T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997, 160-161).

⁵³ Si rinvia in particolare agli studi di F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e attività interpretativa. Tra astrattezza e concretezza del sindacato di costituzionalità in via d'azione*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale: nell'esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, 265 ss., nonché di L. CARLASSARE, “*Astrattezza*” e “*concretezza*” in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1989, 1109 ss. Invero, la stessa Corte costituzionale ha affermato che il giudizio in via principale è “svolto a garanzia di posizioni soggettive dell'ente ricorrente” (così Corte cost. n. 228/2003): si pensi, in tal senso, al penetrante controllo che viene condotto sulla sussistenza dell'interesse ad agire, così come alla richiesta di una rigorosa definizione del *thema decidendum*. Assumendo tale prospettiva, è stato auspicato il riconoscimento alle parti di “un vero e proprio diritto alla prova”, da esercitare mediante precise richieste istruttorie funzionali a supportare le proprie pretese (G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttori nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, 282-283). Secondo tale dottrina, questa prospettiva pare trovare conferma nella più recente giurisprudenza costituzionale, che mostra la tendenza del giudice delle leggi a modulare il proprio ruolo nell'istruttoria in termini collaborativi, valorizzando le indicazioni provenienti dalle parti e il contraddittorio processuale (ID., *op. cit.*, 284-285).

⁵⁴ T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 71.

consapevolezza che, come affermato da autorevole dottrina, l'attività istruttoria rappresenta il "meccanismo che meglio consente al fatto di irrompere nel giudizio costituzionale"⁵⁵.

In via preliminare, pare opportuno rilevare che l'esercizio del potere istruttorio del giudice costituzionale è disciplinato dall'art. 13 della l. 11 marzo 1953, n. 87, il quale afferma che "La Corte può disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti", nonché dall'art. 12 della deliberazione 7 novembre 2008, n. 261⁵⁶ – rubricato "Mezzi di prova" –, il quale stabilisce che "La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione"⁵⁷.

A dispetto del tenore letterale delle predette disposizioni, che parrebbero conferire al giudice costituzionale un potere istruttorio alquanto ampio⁵⁸, la realtà che emerge dalla prassi applicativa restituisce un'immagine ben diversa dell'istruttoria nel processo costituzionale, "vittima della mancata creazione – almeno fino a tempi recentissimi – di un diritto processuale costituzionale", nonché del disinteresse lungamente manifestato per i poteri conoscitivi, stante – come detto – la scarsa rilevanza del "fatto" nel sindacato di legittimità, conformato ora come allora come un giudizio sulle leggi⁵⁹.

⁵⁵ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 1047.

⁵⁶ Si tratta delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

⁵⁷ Completano la disciplina l'art. 13 delle N.I. secondo cui "L'assunzione dei mezzi di prova ha luogo a cura del giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere, che redige il verbale. Le parti sono avvertite dal cancelliere dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione. Le spese per l'assunzione sono a carico del bilancio della Corte", e l'art. 14 della medesima legge, che stabilisce che "Espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria. Il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dà comunicazione del deposito alle parti costituite".

⁵⁸ Come rilevato da autorevole dottrina, "il tema dei poteri istruttori non è stato ignorato dalla legge n. 87 del 1953 né dalle norme integrative, che, anzi, attribuiscono alla Corte ampi poteri, secondo un modello processuale di tipo inquisitorio in senso materiale". Tuttavia, a dispetto dell'attenzione riservata dal legislatore a detto profilo, "la giurisprudenza costituzionale ne ha fatto invece, fin dai primi anni, un uso, per così dire, di basso profilo, quasi che ci fosse una riluttanza da parte della Corte a svolgere l'istruttoria formalizzata" (T. GROPPI, *op. cit.*, 257). Per maggiore approfondimento dal punto di vista processuale, v. M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/1985, 232 ss.

⁵⁹ T. GROPPI, *op. cit.*, 4. In tal senso, autorevole dottrina afferma che "la dilatazione e la regolamentazione del momento probatorio possono risultare necessarie in modo evidente solo quando si assuma la consapevolezza dell'importanza dei giudizi di fatto che entrano nella determinazione della fattispecie, consapevolezza che oggi pare mancare e così giustificare una

Già negli anni Settanta autorevole dottrina rilevava, infatti, che in genere le ordinanze istruttorie sono rivolte all'acquisizione della conoscenza di quei fatti "che illuminano circa la concreta applicazione della norma, circa i suoi effetti, circa la sua congruenza rispetto alla realtà sociale"⁶⁰. In tali ipotesi, l'accertamento istruttorio non risulta, pertanto, rivolto all'acquisizione di informazioni di carattere tecnico-scientifico, sostanzandosi piuttosto nella richiesta di informazioni all'autorità amministrativa circa la prassi applicativa della disposizione in contestazione⁶¹. Evidentemente, il fatto che le richieste istruttorie vengano indirizzate prevalentemente al Governo o alle competenti strutture ministeriali immette la Corte nella dialettica con gli altri poteri dello Stato, inducendo a sospettare che "è quasi come se la Corte volesse cercare una «copertura» politica alle sue decisioni, e lo facesse rivolgendosi al soggetto che gode del più vasto sostegno (tramite l'appoggio della maggioranza parlamentare)"⁶².

Tale rischio appare particolarmente avvertito laddove l'incombente istruttorio gravante sulla pubblica amministrazione consista nella quantificazione degli oneri finanziari derivanti dall'applicazione di una determinata legge o da una pronuncia di accoglimento⁶³. Vi sono, infatti, casi in cui il giudice delle leggi necessita di una

loro formulazione non verificata da parte della Corte costituzionale" (G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, 121).

⁶⁰ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 12/1978, 1341. Evidentemente - precisa l'A. - siffatto potere istruttorio viene attivato in tal senso ove i repertori di giurisprudenza e la lettura delle sentenze non consentano di comprendere come una norma venga intesa e, dunque, applicata dalla pubblica amministrazione (ID., *op. cit.*, 1356).

⁶¹ Come rilevato da attenta dottrina, occorre ad ogni modo rammentare che la prassi amministrativa non vincola in alcun modo il sindacato della Corte, potendo valere a confermare una corretta interpretazione, oppure - in senso opposto - a far emergere una interpretazione non corretta; in questa seconda ipotesi, l'acquisizione dell'elemento fattuale offrirà dunque un argomento nel senso della caducazione della norma impugnata (M. LUCIANI, *I fatti e la Corte*, cit., 535).

⁶² T. GROPPI, *op. cit.*, 253. In tal senso, l'A. evidenzia che i poteri istruttori rappresentano quindi nella visione della Corte uno strumento di dialogo con gli altri soggetti che concorrono a conformare la forma di governo.

⁶³ Si rinvia, in tal senso, all'accurata indagine empirica condotta dalla GROPPI, la quale dedica una apposita sezione della propria opera al tema in esame: T. GROPPI, *op. cit.*, 244 ss. In merito all'impiego delle ordinanze istruttorie per la previsione degli effetti finanziari delle "sentenze di spesa", si segnalano tra gli altri i contributi di G. DONATI, *Sentenze della Corte costituzionale e vincolo della copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 1553; R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*

adeguata cognizione preventiva dei possibili effetti finanziari delle proprie pronunce. Proprio a tal fine, era stata istituita nel 1995 una struttura permanente presso la Corte, funzionalmente dipendente dal Presidente della Corte, specificamente investita del compito di elaborare dati e stime tecniche sulle conseguenze sulla spesa pubblica delle decisioni del giudice delle leggi⁶⁴. Tale ufficio, denominato “Servizio studi – Sezione per la documentazione degli oneri finanziari delle decisioni”, è stato tuttavia soppresso appena cinque anni dopo la sua istituzione⁶⁵.

Indubbiamente, il supporto di carattere tecnico offerto da un simile organismo poteva rivelarsi estremamente utile al fine di elaborare un giudizio prognostico finanziario: il ricorso al solo strumento dell’ordinanza istruttoria si è infatti appalesato insufficiente, traducendosi sovente nel sostanziale affidamento alla quantificazione operata dall’amministrazione statale, la quale, evidentemente, potrebbe avere interesse nel fornire dati arrotondati per eccesso, così da scoraggiare l’adozione di pronunce che impongano nuove spese a carico dell’erario statale⁶⁶.

Invero, la formalizzazione di adeguate procedure che sorreggano le valutazioni macroeconomiche della Corte non può essere sottovalutata, tanto più in una stagione – come quella attuale – in cui il giudice delle leggi vive una forte crisi di legittimazione⁶⁷:

e l’art. 81, u.c., della Costituzione, *Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993, 185 ss.; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, Giappichelli, 1994, 552.

⁶⁴ A ben vedere, l’affidamento del monopolio di un siffatto strumento informativo al Presidente della Corte è stato fortemente criticato dalla dottrina, la quale ha evidenziato che tale soluzione “significherebbe attribuirgli un potere assai vasto, in relazione alla collocazione della Corte nella forma di governo, in quanto ciò comporterebbe la possibilità di «negoziare» con gli altri poteri dello Stato la fissazione delle questioni potenzialmente produttive di oneri, che potrebbero essere rinviate in attesa del momento opportuno per la loro decisione” (T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 279). Proprio al fine di evitare tale effetto, era stata avanzata la proposta di incorporare l’attività di quantificazione alla attività istruttoria vera e propria, così da scongiurare derive ufficiose e da conferirle “maggiore visibilità esterna, anche ai fini dell’instaurazione del contraddittorio” (ID., *op. cit.*, 280).

⁶⁵ La Sezione, istituita con decreto del Presidente Baldassarre del 29 marzo 1995, è stata infatti soppressa con decreto del Presidente Mirabelli del 30 giugno 2000 e – a quanto consta – non è più stato istituito un organo simile sino ad oggi.

⁶⁶ R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario*, cit., 191 ss.

⁶⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo alle recenti pronunce nn. 10 e 70 del 2015, ove la Corte costituzionale si è dovuta confrontare con le conseguenze macroeconomiche della propria decisione, e dunque, con le esigenze di contenimento della spesa pubblica imposte dal novellato

un simile intervento consentirebbe, infatti, da un lato, di rafforzare la legittimazione “scientifica” della Corte, e dall’altro, di scalzare “l’impressione di una non motivata e comunque non verificabile sacralizzazione delle logiche di bilancio anche a scapito dell’istituzionale ruolo di garanzia della Consulta”⁶⁸.

Un’ulteriore ipotesi in cui il problema dell’accertamento del dato scientifico si pone – *rectius*, può porsi – con indiscutibile pregnanza è poi costituita dal sindacato sulla corrispondenza fra scelte legislative e fatti presupposti⁶⁹. Come si è visto nel paragrafo precedente, il controllo sulla congruità della legge deve svolgersi entro i confini della “manifesta irrazionalità” delle conseguenze normative derivate da determinati elementi di fatto: tale atteggiamento di *self restraint* risponde – come si è detto – all’esigenza di scongiurare il rischio che la Corte si trasformi in “un vero e proprio legislatore alternativo”⁷⁰. In tal senso, il ricorso ad ordinanze istruttorie adeguatamente motivate potrebbe costituire un valido presidio contro potenziali irruzioni nel campo della discrezionalità legislativa, giacché consentirebbe di accertare l’intento del giudice delle leggi e la compatibilità della decisione adottata con l’assetto dei poteri costituzionali⁷¹.

art. 81 Cost. Come noto, il giudice delle leggi ha risolto i due casi anzidetti in senso nettamente difforme, mostrando così di assegnare un diverso rilievo alla valutazione prognostica finanziaria a seconda della concreta vicenda sottoposta al suo esame. Tali decisioni, che hanno immediatamente generato grande attenzione mediatica, sono state criticate dalla prevalente dottrina: la difficoltà di rinvenire un orientamento uniforme e omogeneo su un tema tecnico – e intrinsecamente politico – come quello del bilancio statale rischia infatti di tradursi in un arretramento della autorevolezza dello stesso organo di giustizia costituzionale. Per maggiore approfondimento sul punto, si rinvia a A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 575 ss.; I. CIOLLI, *L’equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 702 ss.; P. VERONESI, *La coerenza che non c’è: sugli effetti temporali delle pronunce d’accoglimento (e sulla sorte dell’“equilibrio di bilancio”) dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 692 ss.;

⁶⁸ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 248. In tal senso, v. anche Zeno Zencovich, secondo il quale l’impiego dei poteri istruttori nell’ipotesi di sentenze additive di prestazione “consentirebbe di acquisire, nel rispetto del contraddittorio (particolarmente importante su questioni di diritti sociali e di spesa pubblica), quegli elementi di prova sui quali si fonda una decisione convincente” (V. ZENO ZENCOVICH, *Le sentenze della Corte costituzionale (come sono e come si vorrebbe che fossero)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2016, 824).

⁶⁹ Autorevole dottrina rileva, tuttavia, che il predetto sindacato può essere penetrante “solo quando i fatti che il legislatore è chiamato a valutare hanno consistenza certa, e possono essere adeguatamente verificati con i pur modesti strumenti (le ordinanze istruttorie, appunto) in possesso del giudice costituzionale” (M. LUCIANI, *op. cit.*, 544).

⁷⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, 556.

⁷¹ M. LUCIANI, *op. loc. cit.*

A ben vedere, proprio nelle ipotesi anzidette può accadere che il giudice costituzionale debba svolgere un controllo sui presupposti scientifici dell'apprezzamento legislativo contestato; a tal fine, potrebbe senza dubbio rivelarsi utile "l'acquisizione di nozioni scientifiche incontrastate ma non universalmente conosciute", magari attraverso l'assunzione di una consulenza tecnica che rappresenti alla Corte la cornice scientifica entro la quale si colloca il dubbio di costituzionalità sottoposto al suo sindacato⁷². Tali rilievi rischiano, tuttavia, di rimanere confinati sul piano della mera speculazione teorica, giacché di fatto l'uso assai parco delle ordinanze istruttorie – anche ove la risoluzione della questione di costituzionalità imporrebbe l'acquisizione di conoscenze specialistiche estranee al patrimonio conoscitivo della Corte – induce a ritenere che, nella maggioranza dei casi, divengano essenziali le "conoscenze specialistiche personali e amicali", nonché "i fatti notori" e le "massime di esperienza"⁷³.

Parte della dottrina ritiene che l'atteggiamento di "cautela" manifestato dal giudice delle leggi, laddove si renda opportuno accertare le basi scientifiche della norma impugnata, discenda dal timore di apparire giudice del fatto: è infatti indubbio che un esercizio più consistente dei poteri istruttori esporrebbe la Corte al rischio di un passivo adeguamento alle risultanze di un'eventuale consulenza tecnica, cui

⁷² A. CERRI, *op. cit.*, 1354. Nello stesso senso, v. anche Baldassarre, il quale, stigmatizzando la scarsa propensione della Corte costituzionale italiana ad utilizzare statistiche o altri dati custoditi presso organi o enti pubblici o privati, afferma che "l'uso di informazioni e di conoscenze scientificamente elaborate può svolgere una funzione utile nell'amministrazione della giustizia costituzionale solo se ne fa un uso oculato, non offuscato da feticismi o da scetticismi" (A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1501). In tempi più recenti, v. sul punto Pugiotto, il quale afferma che, a dispetto di quanto abitualmente accade, "potrebbe essere utile in determinate questioni una testimonianza di esperti, una consulenza tecnica sul modello di ciò che avviene nei giudizi penali e civili" (A. PUGIOTTO, Intervento al Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001 nella sezione dedicata a "Il potere istruttorio", in G. FAMIGLIETTI, E. Malfatti, P. P. Sabatelli (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazioni*, *Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, 366).

⁷³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, 88. Attenta dottrina rileva, in tal senso, che l'esame della giurisprudenza sul fatto scientifico mostra che talvolta la Corte assume come notorie, e dunque assolutamente certe e pacifiche, acquisizioni scientifiche di cui non vengono indicate né le fonti di provenienza, né le ragioni della asserita incontrovertibilità. Proprio al fine di scongiurare tale rischio, viene suggerita l'opportunità di rivolgere le richieste istruttorie non già, come sovente accade, al Governo o alla pubblica amministrazione, bensì a centri di ricerca o a centri medici di avanguardia, che siano in grado di fornire dati attendibili e verificabili (G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 444, 446).

conseguirebbe – di fatto – la perdita “di quel potere sovrano di dichiarare «il diritto vivente costituzionale»”⁷⁴. In tal senso, occorre tuttavia rammentare che – come rilevato da un giudice costituzionale – la preservazione della libertà di giudizio della Corte dovrebbe realizzarsi anche mediante “il rispetto di forme idonee e procedimenti adeguati per l’acquisizione delle «prove»”⁷⁵.

In altro senso, vi è invece chi ha sostenuto la tesi della *doverosità* dell’istruttoria costituzionale, al ricorrere delle seguenti condizioni: la dipendenza del materiale normativo oggetto del giudizio di costituzionalità dalle acquisizioni del progresso tecnico-scientifico e la necessità di acquisire una puntuale rappresentazione della situazione normativa ritenuta incompatibile con le prescrizioni costituzionali⁷⁶. Qualora sussistano entrambi i presupposti, “il grado di doverosità tende ad aumentare ove siano coinvolti i diritti fondamentali e i valori basilari sui quali riposa l’ordinamento costituzionale”⁷⁷. Sulla base di tali premesse, viene pertanto auspicato un ampliamento della platea dei possibili destinatari degli incombenti istruttori della Corte, che ricomprenda esperti di chiara fama o organismi scientifici e tecnici non necessariamente inseriti all’interno dell’apparato governativo⁷⁸.

Al di là delle differenti posizioni prospettate, la perpetuazione delle prassi attuali appare in ogni caso strettamente connessa alla natura inquisitoria dell’istruttoria costituzionale, affidata tanto nell’*an* quanto nel *quomodo* alle valutazioni discrezionali

⁷⁴ G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 263.

⁷⁵ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 11.

⁷⁶ Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 190-191. L’A. scompone, in realtà, ciascuno degli anzidetti parametri in ulteriori indici sintomatici, per i quali si rinvia alle pagine sopra citate.

⁷⁷ Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 191.

⁷⁸ Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 193. A ben vedere, pur essendo consapevole del rischio di una mercificazione della conoscenza scientifica e, dunque, della compromissione della neutralità e indipendenza del soggetto chiamato a rendere il parere scientifico, l’A. ritiene che la parsimonia sinora mostrata dalla Corte nell’utilizzo dei propri poteri istruttori risulti “inconciliabile con una matura ed evoluta concezione del giudizio di costituzionalità”, giacché “integrando il proprio patrimonio di conoscenze, [...] la Corte potrebbe in concreto contribuire a razionalizzare il problematico rapporto tra le categorie giuridiche e le acquisizioni scientifiche e tecnologiche confluite nel dato normativo” (ID., *op. cit.*, 193-194).

del giudice costituzionale⁷⁹, perciò raffigurato come “signore assoluto della prova”⁸⁰. Peraltro, proprio nell’esercizio di siffatta discrezionalità, non vi è dubbio che il giudice delle leggi incontri due ostacoli non agevolmente superabili: da un lato, la difficoltà di individuare soggetti qualificati e neutrali che possano immettere nel giudizio il necessario apporto scientifico; dall’altro, la mancanza delle conoscenze tecniche necessarie per un’adeguata formulazione dei quesiti da rivolgere agli esperti⁸¹.

Le descritte difficoltà ridondano talvolta in un difetto motivazionale del provvedimento basato sull’elemento scientifico, derivante da una certa ritrosia della Corte nell’esibizione delle ragioni che la hanno indotta a ricorrere al fatto scientifico⁸².

Se, dunque, la rassegna sinora condotta degli strumenti conoscitivi a disposizione della Corte costituzionale non sembra approdare a risultati granché soddisfacenti, occorre tuttavia rammentare che vi sono anche altri canali informativi cui il giudice delle leggi potrebbe attingere al di fuori delle strette maglie del processo costituzionale. Si allude, da un lato, ai documenti e alle relazioni che pervengono spontaneamente da esperti o istituzioni, i quali “sono sempre tenuti in considerazione dai giudici”, e dall’altro, alla opportunità di organizzare seminari di approfondimento che consentano alla Corte di istituire un dialogo con la comunità scientifica qualora le materie

⁷⁹ G. D’AMICO, *La Corte e la scienza*, cit., 445. In tal senso, v. anche i rilievi critici di Brunelli e Pugiotto, i quali sottolineano “la necessità indilazionabile di porre mano ad alcune fasi del processo costituzionale, oggi abbandonate alla discrezionalità della Corte”, realizzabile – ad esempio – mediante “un diritto alla prova improntato al principio del contraddittorio, l’introduzione della possibilità del *dissent*, l’esplicitazione in motivazione delle modalità della ricerca compiuta in ordine al diritto vivente od agli elementi costitutivi della situazione – “normativa” o “di diritto” – in oggetto” (G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 264). Secondo gli AA., l’eccessiva approssimazione che caratterizza l’attività istruttoria determina infatti la prevalenza della “dimensione autoritativo-decisionale” su quella “controversiale-assertiva”, così pregiudicando il principio del giusto processo – soprattutto sotto il profilo probatorio – che dovrebbe governare anche il giudizio di costituzionalità (ID., *op. cit.*, 268).

⁸⁰ G. A. FERRO, *Modelli processuali*, cit., 205.

⁸¹ M. CARTABIA, *op. loc. cit.* I medesimi problemi si pongono, come si è visto, nel processo penale e nel processo civile; si rinvia, in tal senso, alle riflessioni svolte nel capitolo 3.

⁸² Come rilevato da autorevole dottrina, ciò evidentemente impedisce di attribuire alla decisione della Corte un’“*autoritas*” ancora maggiore di quella già usualmente posseduta (A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibili innovazioni)*, Intervento al Seminario su *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, Pisa 26 ottobre 2001, sez. II, par. 2 del paper).

sottoposte allo scrutinio di costituzionalità sottendano questioni tecnico-scientifiche particolarmente dibattute⁸³.

In conclusione, appare condivisibile la riflessione di un'attenta dottrina che, già alla fine degli anni Ottanta, auspicava che non tardasse a venire il momento in cui la Corte avrebbe iniziato ad "occuparsi seriamente di problemi tecnico-scientifici e della loro rilevanza nel processo costituzionale"⁸⁴.

4. Le applicazioni giurisprudenziali: casi e problemi

Così ricostruito il tema dell'acquisizione e dell'accertamento del dato tecnico-scientifico nel processo costituzionale, si è scelto di dedicare l'ultima parte della presente trattazione all'esame di alcune vicende giurisprudenziali particolarmente significative che offriranno la prospettiva empirica entro cui calare le riflessioni teoriche sin qui condotte.

In via preliminare, occorre rammentare che il bacino giurisprudenziale cui attingere è piuttosto scarso: ciò è dovuto da un lato al parco ricorso alle ordinanze istruttorie da parte del giudice delle leggi⁸⁵ e dall'altro alle rare occasioni in cui l'attivazione dei poteri conoscitivi è stata rivolta all'acquisizione di informazioni di carattere scientifico o tecnico. Ciò premesso, si è scelto di esaminare due gruppi di decisioni – il primo in materia di assetti radiotelevisivi e il secondo in tema di compatibilità tra Hiv e detenzione – le quali, per ragioni differenti, costituiscono veri e propri *case studies* ai fini dell'indagine che qui si conduce. In entrambe le ipotesi la Corte è stata, infatti, chiamata a sindacare i presupposti tecnico-scientifici di scelte

⁸³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 12. Come si ricorderà, si tratta di una soluzione che la dottrina adombra anche in relazione al processo ordinario, ove indubbiamente il tema della valutazione delle prove scientifiche si pone con assoluta pregnanza.

⁸⁴ L. VIOLINI, *Vuoto normativo, disparità di trattamento e scelte "tecniche"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 4242 ss. (commento dell'ordinanza 26 luglio 1988, n. 914, in materia di insegnamento della religione nelle scuole medie). L'A. rileva infatti che "lo schermo della tecnica, al di là del quale sussisterebbe un settore riservato all'attività degli esperti e quindi posto al riparo dalle contaminazioni politiche, ha da tempo cominciato ad incrinarsi e a lasciare intravedere ampi spazi, oltre che per nuove forme di intervento da parte del legislatore, anche per un intensificarsi del controllo giurisdizionale" (ID., *op. cit.*, 4248).

⁸⁵ Il fatto che le ordinanze istruttorie non siano pubblicate sul sito istituzionale della Corte costituzionale – dato in sé già indicativo – induce a rinviare agli studi condotti da Groppi, la quale ha rilevato che dal 1956 al 1996 il giudice delle leggi ha adottato solo 55 ordinanze istruttorie, che si trovano elencate in T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 265 ss.

legislative: tuttavia, mentre nel primo caso il ricorso allo strumento dell'ordinanza istruttoria è stato finalizzato all'acquisizione di dati di carattere tecnico, nel secondo caso i poteri conoscitivi sono stati azionati per ottenere informazioni di tipo meramente amministrativo.

Per quanto riguarda il primo nucleo tematico, occorre rilevare che si tratta di una vicenda giurisprudenziale complessa e articolata, che ha impegnato il giudice delle leggi sin dagli anni Sessanta⁸⁶: l'evoluzione tecnologica dei canali di trasmissione delle frequenze radiotelevisive aveva infatti reso sempre meno giustificate le ragioni di fatto del monopolio pubblico, inducendo la Corte a compiere un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale tra il 1974 e il 1976, stante l'avvenuto superamento dei presupposti scientifici e tecnologici della normativa in materia⁸⁷. Ne era pertanto conseguito il riconoscimento del diritto di iniziativa privata in materia di radiodiffusione, cui si accompagnava la necessità che il legislatore nazionale provvedesse alla determinazione delle condizioni di esercizio di tale diritto, così da garantirne l'armonizzazione con il preminente interesse generale, nonché la conformità ai doveri e agli obblighi discendenti dalla Costituzione⁸⁸.

A distanza di pochi anni, il giudice delle leggi torna a pronunciarsi sulla questione, dichiarando non illegittima la scelta di riservare allo Stato la diffusione di trasmissioni televisive e radiofoniche via etere su scala nazionale, quale servizio pubblico essenziale e di preminente interesse generale, in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato⁸⁹. Così decidendo, la Corte sceglie di non assegnare rilievo ai mutamenti nel frattempo intervenuti nella tecnologia delle telecomunicazioni, i quali erano peraltro stati documentati dalle numerose consulenze tecniche prodotte dalle parti del giudizio *a quo* al fine di dimostrare che le condizioni di limitatezza dei canali utilizzabili non erano più sussistenti⁹⁰.

Su tale *humus* giurisprudenziale, si inserisce la sentenza n. 466 del 2002, che – ad avviso di chi scrive – rappresenta il caso di maggiore interesse ai fini che qui

⁸⁶ Il riferimento è alle sentenze nn. 59/1960, 225/1974 e 226/1974.

⁸⁷ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 330.

⁸⁸ Corte cost. 28 luglio 1976, n. 202.

⁸⁹ Corte cost. 21 luglio 1981, n. 148.

⁹⁰ G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio delle Corte costituzionale*, cit., 243.

interessano. Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della l. 31 luglio 1997, n. 249 – cosiddetta legge Maccanico – che aveva sostanzialmente consentito al Gruppo Mediaset di mantenere tre concessioni su canali terrestri⁹¹, in violazione del limite di due stabilito dalla stessa Corte in una precedente sentenza⁹². In tale occasione, il giudice delle leggi ritiene opportuno disporre un'istruttoria formalizzata “ai fini di una più completa valutazione di tutti gli aspetti della controversia e delle tesi contrapposte illustrate dalle parti”, disponendo l'acquisizione di informazioni tecniche circa l'assetto radiotelevisivo italiano “con particolare riguardo a quello in ambito nazionale, la sua evoluzione nel tempo, specie nel periodo transitorio, e i fattori che hanno concorso a determinarlo, compresi, tra gli altri, gli aspetti tecnici (tecnologie di trasmissione, impianti, frequenze di copertura del territorio, ecc.), economici (assetti proprietari, accordi tra emittenti, ecc.) e finanziari (entrate e costi, entità e distribuzione della raccolta pubblicitaria,

⁹¹ Per maggiore approfondimento sulla decisione in parola, si segnalano tra gli altri i commenti di: P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3896 ss.; E. APA, *Incostituzionalità continua: il duopolio televisivo riceve una nuova condanna, ma guadagna tempo*, in *Il Foro italiano*, parte I, 2003, 711 ss.; G. FARES, *Riflessioni sulla sentenza n. 466/2002 della Corte costituzionale in materia radiotelevisiva*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), 2/2003, 612 ss.

⁹² Si tratta della sentenza n. 420 del 1994, nella quale il giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, co. 4, della L. n. 223 del 1990 per violazione dell'art. 21 Cost., nella parte relativa alla radiodiffusione televisiva. La norma impugnata prevedeva che uno stesso soggetto privato non poteva essere titolare di più di tre concessioni televisive nazionali su nove assentibili ai privati - su un totale di dodici complessive -, né poteva superare il 25 per cento del numero globale di reti previste. La Corte giudicò tuttavia tale limite di concentrazione inadeguato a garantire il necessario rispetto del pluralismo "esterno" delle voci nel settore televisivo, in quanto idoneo a legittimare la stabilizzazione di una posizione privata dominante in atto già esistente e non già a contenerla e a ridimensionarla gradualmente. Non poteva, vieppiù, ritenersi ragionevole che nel settore televisivo - sottoposto a regime concessorio e connotato da particolare diffusività e pervasività dello strumento di comunicazione - il legislatore del 1990 avesse stabilito un divieto di concentrazioni meno rigoroso di quello vigente nel settore della stampa. Ferma restando l'inadeguatezza del limite percentuale del 25 per cento delle reti complessivamente disponibili, il legislatore avrebbe, di conseguenza, dovuto emanare una nuova disciplina conforme a Costituzione, individuando i nuovi indici di concentrazione consentita e scegliendo tra le ipotesi normative possibili. Per maggiore approfondimento sul punto, si rinvia ai seguenti commenti: F. ZACCARIA, *Nota a Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 420*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3716 ss.; S. AMBROSINI, *Antitrust e informazione radiotelevisiva: incostituzionalità della norma sulle concentrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/1995, 129 ss.; R. PARDOLESI, *Pluralismo esterno (non più una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Il Foro italiano*, 1/1995, 5 ss.; V. ROPPO, *La Corte costituzionale "censura" la legge Mammi*, in *Il Corriere giuridico*, 1995, 180 ss.

ecc.)”⁹³. Dando seguito al predetto incombenza istruttorio, il giudice relatore, in qualità di giudice per l’istruzione, inoltra dunque una richiesta formale al Ministero delle comunicazioni, all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e alla Autorità garante della concorrenza e del mercato, affinché forniscano l’apporto conoscitivo di carattere tecnico necessario, nei limiti delle rispettive competenze ⁹⁴.

⁹³ Ordinanza istruttoria del 3 dicembre 2001. Un analogo utilizzo dei poteri istruttori si è verificato anche con l’ordinanza 24 maggio 1979, n. 32, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto opportuno, “ai fini di una più completa valutazione delle eventuali ragioni di carattere tecnico ravvisabili a fondamento del divieto dell’uso di sfarinati di grano duro nella produzione delle paste alimentari e non del pane, contenuto nella legge 4 luglio 1967, n. 580, di richiedere ai Ministeri dell’Agricoltura e Foreste e della Sanità ogni utile elemento in loro possesso atto a fornire chiarimenti al riguardo del 1972, relativa alla disciplina delle paste alimentari”.

⁹⁴ Al fine di dare maggiore concretezza alle riflessioni sopra svolte, soprattutto in considerazione della pregnanza del caso qui esaminato, si è ritenuto di riportare il contenuto delle richieste istruttorie che la Corte ha indirizzato alla pubblica amministrazione e alle autorità indipendenti summenzionate. Come risulta dalla sentenza, in relazione alle rispettive competenze tecniche è stato chiesto di indicare, con riferimento:

A) alle emittenti televisive private nazionali e alla concessionaria del servizio pubblico: gli impianti di radiodiffusione televisiva nazionale esercenti nei seguenti periodi: a) 1 ottobre 1984-agosto 1990 (in riferimento al decreto-legge 6 dicembre 1984, n. 807 - legge 6 agosto 1990, n. 223); b) agosto 1990-agosto 1993 (in riferimento al decreto-legge 27 agosto 1993, n. 323); c) agosto 1993-agosto 1996 (in riferimento al decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 545); d) agosto 1996-luglio 1997 (in riferimento alla legge 31 luglio 1997, n. 249); e) luglio 1997- luglio 1999 (in riferimento alla data di rilascio delle concessioni e delle autorizzazioni per le emittenti private); f) luglio 1999 fino alla data di comunicazione della richiesta inoltrata (con aggiornamento alla data dell’adempimento istruttorio), con indicazione delle aree coperte e della localizzazione dei siti di emissione dei segnali televisivi;

B) all’evoluzione del sistema televisivo dal 1994 ad oggi: numero delle reti, livello di copertura del territorio e localizzazione degli impianti esercenti nel dicembre del 1994, con elencazione delle variazioni intervenute fino alla comunicazione della richiesta inoltrata (con aggiornamento alla data dell’adempimento istruttorio) e delle misure concretamente adottate "al fine di consentire e gradualmente ridimensionare le concentrazioni esistenti;

C) ai sistemi, alle tecniche e alle modalità di trasmissione: a) la quantità percentuale di servizi di televisione attualmente offerta con qualsiasi sistema (ad esempio: via etere terrestre; via cavo; via satellite), tecnica (ad esempio: analogica; digitale) o modalità (es. in chiaro; ad accesso condizionato) di trasmissione, con specificazione delle rispettive aree coperte e della possibile integrazione dei sistemi e delle modalità di trasmissione sotto il profilo degli impianti riceventi; b) l’andamento del "mercato degli utenti e degli operatori" dal 1997 ad oggi, con previsione sino al 2006 per ciascuno dei predetti sistemi, tecniche e modalità di trasmissione;

C. 1) alla televisione digitale terrestre: a) i dati sulla fase di sperimentazione prevista dall’art. 2-bis del decreto-legge n. 5 del 2001, con (eventuale) indicazione degli operatori privati che hanno intrapreso la suddetta sperimentazione; b) i costi degli apparecchi riceventi e/o degli adattatori necessari per la ricezione del segnale televisivo digitale trasmesso in chiaro o in forma codificata (ad esempio: set top box; decoder; sistemi di antenna individuali/centralizzati), con specificazione delle possibilità di utilizzazione/adattamento di quelli esistenti ai fini della ricezione del segnale digitale; c) i costi di installazione e di utilizzazione degli impianti di trasmissione in tecnica digitale; d) l’andamento del mercato dei predetti costi dal 1997 ad oggi, con previsione sino al 2006; e) il numero dei canali e delle reti "disponibili" con un sistema di

trasmissione digitale a regime, specificando i limiti anticoncentrativi in grado di assicurare le regole concorrenziali;

D) all'attuazione del piano di assegnazione delle frequenze: a) gli interventi tecnici e le iniziative comunque intraprese per l'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze al fine di consentire, in particolare, l'effettivo impiego delle frequenze concretamente assegnate ai singoli concessionari; b) la prevedibile durata del processo di compatibilizzazione della situazione esistente a quella prefigurata nel piano;

E) alla copertura del territorio nazionale delle emittenti televisive private in chiaro e criptate: l'attuale livello di illuminazione delle aree di servizio consentito alle stazioni televisive appartenenti alle emittenti private nazionali cui è stata rilasciata l'autorizzazione o la concessione nel luglio del 1999; sul punto si è chiesto di specificare, altresì: a) lo scarto esistente tra tale livello e quello raggiungibile mediante la concreta utilizzazione delle frequenze oggetto dei titoli abilitativi; b) le modalità tecniche di ridistribuzione delle frequenze necessarie per la configurazione dei siti comuni previsti nel piano;

E.1) alla copertura del territorio nazionale della concessionaria del servizio pubblico: l'attuale livello di illuminazione raggiunto;

F) alla convergenza multimediale: lo stadio di sviluppo del processo di convergenza multimediale tra il settore radiotelevisivo e delle telecomunicazioni.

Con riferimento agli aspetti economici, si è richiesto di indicare, in relazione alle rispettive competenze: a) la situazione degli assetti proprietari di tutte le reti televisive private nazionali, nonché le situazioni di controllo e di collegamento comunque esistenti tra le emittenti e tra queste e i soggetti proprietari in ciascuno dei periodi indicati sub A); b) gli accordi intercorsi tra le emittenti, compresi quelli di interconnessione o di trasmissione di programmi in contemporanea eccedenti l'ambito locale. Infine, per gli aspetti finanziari, è stato richiesto, sempre avuto riguardo agli ambiti di competenza, di specificare: a) le entrate e i costi di ciascuna rete privata e pubblica, con allegazione degli estratti di bilancio; b) le quote di audience e della raccolta pubblicitaria di tutte le emittenti private e pubbliche operanti a livello nazionale dal 1994 fino alla data dell'inoltro della richiesta (con aggiornamento alla data dell'adempimento istruttorio).

Con riferimento a tutti gli aspetti sopra riportati, è stato chiesto, inoltre, di fornire elementi in ordine al livello di concorrenza effettivo e consentito, con previsione fino al 2006, tenendo conto, tra l'altro, del numero delle imprese televisive nazionali pubbliche e private operanti, delle risorse tecniche disponibili, delle barriere all'ingresso esistenti.

In data 23 maggio 2002, il giudice per l'istruzione, a seguito dell'avvenuto deposito delle relazioni illustrative e della relativa documentazione da parte dei soggetti sopra indicati, ha chiesto al Ministero delle comunicazioni di fornire i seguenti chiarimenti: a) in ordine alla copertura del territorio nazionale, sulla base di quali elementi si fosse accertato il superamento della soglia del 75% del territorio da parte di Canale 5 e Italia 1 e il mantenimento al di sotto di detta soglia per le altre emittenti nazionali; b) in ordine al numero dei canali e delle reti disponibili in tecnica digitale, sulla base di quali criteri fosse stato possibile ipotizzare — avendo la disponibilità di 55 canali — un numero di programmi pari a 220; c) sulle attuali e prevedibili possibilità di utilizzazione dei quattro canali previsti dal piano (analogico) nazionale di assegnazione delle frequenze (66, 67 e 68 della banda V della gamma UHF ed il canale 9 della banda III della gamma VHF) per la diffusione digitale terrestre; d) in ordine agli accordi tra emittenti, l'assetto proprietario dei seguenti soggetti: Consorzio Italia 9 Network; Circuito Odeon Tv; Consorzio Italia 3, dal momento della loro costituzione ad oggi; e) l'attuale stato dei giudizi promossi da Rete Mia, Rete A, Rete Capri, 7 Plus.

In pari data, il giudice per l'istruzione ha chiesto, altresì, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni chiarimenti sul punto c) sopra indicato, nonché di specificare in dettaglio, in ordine al numero dei canali e delle reti disponibili in tecnica digitale, i criteri che consentirebbero — avendo la disponibilità di 55 canali — un numero di programmi complessivo pari a 144.

La decisione della Corte di ricorrere ai propri poteri conoscitivi pare ascrivibile, da un lato, alla particolare delicatezza della materia in esame, l'informazione, che, collocandosi al crocevia di interessi pubblici e privati, attinge inevitabilmente la sfera politica, e dall'altro, ad una rinnovata sensibilità nei confronti del progresso tecnico-scientifico, che ha ridefinito l'orizzonte epistemologico entro cui si collocano le valutazioni del giudice delle leggi. In tal senso, l'acquisizione del "fatto tecnologico" denuncia senza dubbio l'intenzione della Corte di corroborare la legittimazione della propria decisione, ancorandola tanto ad argomentazioni giuridiche, quanto – soprattutto – a dati scientifici⁹⁵. Tali rilievi appaiono confermati dal tenore della motivazione della sentenza, atteso che il giudice delle leggi afferma espressamente che "sulla base delle esaustive risultanze istruttorie e delle relative proiezioni, secondo i dati e le valutazioni di stima offerti dagli stessi organi preposti al settore delle comunicazioni, [...] deve escludersi la realizzabilità in Italia in tempi congrui della soglia minima prevista di diffusione dei sistemi di trasmissione televisiva alternativi alla via terrestre analogica (cavo, satellite, digitale terrestre)". Si assiste, dunque, ad un esplicito richiamo degli esiti dell'espletata attività istruttoria, ritenuti essenziali ai fini della risoluzione della questione di diritto.

Come rilevato in dottrina, la pronuncia in commento appare indubbiamente paradigmatica, consentendo di chiarire come l'acquisizione del dato scientifico si riveli talvolta decisiva per un'adeguata e sufficiente valutazione delle leggi ad elevato contenuto tecnico: nel caso di specie, il giudice delle leggi, dovendo accertare le concrete possibilità tecniche di ampliare il pluralismo televisivo, ha difatti ritenuto

Infine, le due Autorità e il Ministero sono stati invitati a trasmettere (entro il 2 settembre 2002) ulteriori ed eventuali elementi di aggiornamento relativi allo stato della sperimentazione del digitale terrestre.

⁹⁵ G. A. FERRO, *op. cit.*, 231. A ben vedere, la Corte aveva già esercitato i propri poteri istruttori in materia di telecomunicazioni nella sentenza n. 826 del 1988, preceduta da un'ordinanza istruttoria ove era stato disposto che la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni fornissero le informazioni tecniche richieste. Il testo dell'ordinanza è rinvenibile su *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, parte I, 3940-3940. Per maggiore approfondimento sulla decisione n. 826, si segnalano tra gli altri i commenti di: E. ROPPO, *Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 3945 ss.; R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non...dichiarata)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 3950 ss.; A. FRAGOLA, *Presente e futuro della radiotelevisione*, in *Il Consiglio di Stato*, 10/1988, 1964 ss.; R. PARDOLESI, *Etere misto e pluralismo (annunciato)*, in *Il Foro italiano*, 1988, parte I, 2477 ss.; T. PADOVANI, *Un "provvisorio" giudizio di legittimità costituzionale per l'assetto "provvisorio" delle emittenti radiotelevisive private*, in *Legislazione penale*, 1/1989, 102 ss.

imprescindibile arricchire il proprio orizzonte conoscitivo con il necessario corredo di cognizioni tecnico-scientifiche sottese dalla questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame⁹⁶.

Venendo, ora, al secondo nucleo tematico, si è scelto di esaminare due pronunce degli anni Novanta – le sentenze nn. 438 e 439 del 1995 – che, come anticipato, attengono al regime detentivo da applicare ai condannati affetti dal virus dell’Hiv. Ad avviso di chi scrive, si tratta infatti di decisioni rilevanti ai fini che qui interessano giacché la Corte, pur essendo chiamata a sindacare “i presupposti empirici che devono accompagnare e giustificare le scelte legislative in materia di pene e reati”⁹⁷ alla luce dell’avanzamento delle conoscenze medico-scientifiche in tema di Hiv, sceglie – diversamente dalla fattispecie precedentemente considerata – di non ricorrere allo strumento dell’ordinanza istruttoria.

Anche in questo caso, la vicenda giurisprudenziale è piuttosto articolata: appena un anno prima, la Corte costituzionale si era pronunciata due volte sulla compatibilità tra fase acuta della malattia e regime carcerario, affermando, da un lato, che l'obbligatorio differimento dell'esecuzione della pena, previsto dall'art. 146, co. 1, n. 3, c.p. per i condannati affetti da Aids trovava giustificazione “nella esigenza di assicurare il diritto alla salute nel particolare consorzio carcerario”⁹⁸, e dall’altro, che la *ratio*

⁹⁶ G. A. FERRO, *op. cit.*, 235.

⁹⁷ A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3460. Si segnalano, altresì, sul punto i commenti di: U. DE SIERVO, *La Corte cambia in tema di malati di Aids e regime carcerario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1995, 3455 ss.; F. APRILE, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus Hiv*, in *Cassazione penale*, 7/1996, 2060 ss.; U. IZZO, *Cronaca di un “revirement” annunciato: il nuovo assetto costituzionale dell’incompatibilità carceraria del detenuto affetto da Hiv*, in *Il Foro italiano*, 5/1996, 1555 ss.; S. F. VITELLO, *Aids e regime detentivo secondo il nuovo principio sancito dalla Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 321 ss.

⁹⁸ Corte cost. n. 70 del 1994. In tale occasione, il giudice delle leggi, nel dichiarare infondata in riferimento all’art. 2 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell’art. 146, co. 1, n. 3, c.p., afferma altresì che la liberazione dei condannati affetti da Hiv non integra sempre e comunque un fattore di compromissione delle contrapposte esigenze di tutela della collettività, “dal momento che non è la pena differita in quanto tale a creare una situazione di pericolo – perché diversamente opinando verrebbe ad assegnarsi alla pena una funzione di prevenzione generale, obliterandosi quella eminente finalità rieducativa più volte riaffermata dalla Corte costituzionale - ma semmai la carenza di adeguati strumenti di prevenzione la cui lacunosità [...] non può costituire, in sé e per sé, ragione sufficiente per incrinare, sull’opposto versante, la tutela dei valori che la norma ha inteso salvaguardare.

dell'art. 286 *bis* c.p.p., che dispone il divieto di custodia cautelare in carcere per la persona affetta da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria - e non anche per i soggetti affetti dalla stessa patologia, ma in stadi diversi, o per quelli affetti da patologie diverse altrettanto gravi e irreversibili -, doveva rinvenirsi nell'intenzione del legislatore di "porre rimedio a situazioni di estrema drammaticità, quali sono quelle che scaturiscono dalla particolare rilevanza che il problema della infezione da HIV riveste all'interno della popolazione carceraria"⁹⁹.

In un primo momento, la Corte ritiene dunque ragionevole e giustificata la presunzione legale di radicale incompatibilità tra fase acuta della malattia e momento custodiale, trascurando del tutto i rilievi critici formulati dalla comunità scientifica, che aveva invece evidenziato come gli sviluppi della scienza medica consentissero di ritenere superati i presupposti scientifici delle disposizioni in questione. Era stato, in particolare, sottolineato che "la varietà dei quadri clinici caratterizzante la fase acuta della malattia" richiedeva una valutazione della patologia nel suo complesso¹⁰⁰.

⁹⁹ Corte cost. n. 210 del 1994. La Corte costituzionale dichiara, pertanto, infondata in riferimento all'art. 3 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 286 *bis* c.p.p., non essendo possibile intravedere alcuna discriminazione "tra malati 'comuni' e persone affette da AIDS circa il diverso regime che presiede alla scelta delle misure cautelari, in quanto le caratteristiche affatto peculiari che contraddistinguono quest'ultima sindrome adeguatamente giustificano un trattamento particolare, proprio perché quest'ultimo si incentra sulla necessità di salvaguardare il bene della salute nello specifico contesto carcerario; una finalità dunque eterogenea rispetto ad altre gravi malattie, in ordine alle quali l'applicazione di misure diverse dalla custodia cautelare in carcere è funzionale esclusivamente alle esigenze di salute del singolo".

¹⁰⁰ Così il parere medico-sanitario reso dai dottori A. VELLUCCI, G. STARNINI, S. FARINELLI, V. DE DONATIS, *L'infezione da Hiv e il regime carcerario*, pubblicato in *Cassazione penale*, 1994, 2900. Più precisamente, si riportano di seguito le conclusioni cui perviene lo studio in parola, particolarmente interessanti ai fini che qui interessano: "[...] appare veramente singolare che il legislatore, per determinare se lo stato di salute di un detenuto possa essere compatibile o meno con il regime carcerario, si sia basato esclusivamente sul fatto che egli sia riconosciuto affetto da Aids conclamato (oltre che da grave deficit immunitario). Risulta ora chiaro che una tale diagnosi si riferisce a una situazione patologica la più proteiforme possibile, con impegno dello stato di salute che va da condizioni gravissime fino a situazioni quasi normali e spesso regredibili. La compatibilità di uno stato di salute con il regime carcerario non può che derivare dalla valutazione di tale stato caso per caso; definire incompatibile con il carcere un detenuto sieropositivo affetto solo da candidosi esofagea, e quindi da «Aids conclamato», ma in buone condizioni generali, costituisce evidente contrasto con la scienza medica e con le effettive condizioni di salute del soggetto; senza considerare che in tale situazione il detenuto dichiarato incompatibile con il carcere sarebbe in grado di tornare a delinquere del tutto impunemente. Alla luce delle conoscenze scientifiche ci appare pertanto del tutto incomprensibile la vigente normativa, integrata dall'art. 1 del decreto Ministero sanità 25 marzo 1993, che ha confermato che l'incompatibilità con il regime carcerario «ricorre quando la persona sia affetta da Aids conclamato», senza tenere in alcun conto appunto la enorme variabilità clinica dei soggetti che

Ad un anno di distanza, il giudice delle leggi mostra tuttavia di aver acquisito maggiore consapevolezza delle mutate coordinate medico-legali che governano il rapporto tra Hiv e detenzione: il dibattito giuridico ha, infatti, recepito le osservazioni critiche provenienti dal mondo scientifico, inducendo così i giudici *a quibus* a sottoporre nuovamente alla Corte la questione relativa alla costituzionalità degli artt. 146, co. 1, n. 3 c.p. e 286 *bis* c.p.p.¹⁰¹.

In tali occasioni, la Corte costituzionale stigmatizza l'inerzia del legislatore, colpevole di aver omesso di "riequilibrare il sistema lasciandolo sbilanciato sul piano della doverosa salvaguardia delle esigenze di sicurezza collettiva, così finendo per accreditare l'opinione di quanti hanno individuato nei beneficiari di una disciplina, già in sé fortemente discussa sul piano della validità delle stesse premesse scientifiche da cui muove, una singolare categoria di "penalmente immuni", senza che a ciò neppure corrisponda una verifica in concreto circa l'effettiva rispondenza di un siffatto regime alle reali esigenze della salute, individuale e collettiva, che pur dovrebbero costituirne il nucleo portante"¹⁰².

Tali ragioni conducono il giudice delle leggi a ritenere irragionevole la rigida presunzione stabilita dal legislatore, tanto più in considerazione del fatto che anche gli studiosi della materia sono giunti ad affermare che la stessa fase dell'AIDS conclamata presenta "quadri clinici molto vari, alcuni dei quali, specie se ben trattati, possono regredire anche per lungo tempo"; la Corte ritiene altrettanto sintomatico che la stessa Commissione nazionale per la lotta all'AIDS abbia riconosciuto che "il quadro clinico delle infezioni da HIV è caratterizzato da una estrema dinamicità e variabilità di situazioni", al punto che "pazienti affetti dalla infezione HIV in uno stato epidemiologicamente non classificabile come AIDS [...] versano in condizioni clinicamente gravi tali da necessitare di quegli stessi provvedimenti che la Commissione medesima indicava per i soggetti in fase di AIDS"¹⁰³.

rientrano in tale diagnosi. Tale disposto va pertanto modificato, inquadrandolo in una valutazione più ampia e dando il giusto valore alle conoscenze scientifiche sull'argomento, cosa che, come già detto, riteniamo nessun legislatore possa disattendere".

¹⁰¹ A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale*, cit., 3462.

¹⁰² Corte cost. n. 438 del 1995 (*Considerato in diritto*, punto 2).

¹⁰³ *Considerato in diritto*, punto 3. A ben vedere, tale decisione era stata preceduta da un'ordinanza istruttoria del 2 giugno 1995, con la quale, tuttavia, la Corte non aveva inteso acquisire informazioni di carattere medico-scientifico, essendosi piuttosto limitata a richiedere al Ministro di grazia e giustizia di fornire i seguenti dati: a) il numero dei condannati che hanno

Di conseguenza, con le pronunce nn. 438 e 439 del 1995 il giudice delle leggi perviene ad una declaratoria di illegittimità costituzionale rispettivamente dell'art. 146, co. 1, n. 3 c.p. e dell'art. 268 *bis* c.p.p., ritenuti in contrasto con il principio di ragionevolezza. Mediante un dispositivo di accoglimento parziale¹⁰⁴, la Corte opera pertanto una delega di bilanciamento in concreto ai giudici, evitando così di sovrapporre la propria valutazione alle opzioni legislative penali¹⁰⁵; occorre, in tal senso, rammentare che ove – come nel caso che ci occupa – il sindacato di legittimità costituzionale investa i presupposti empirici di una norma in materia penale, il giudice delle leggi è vincolato al rispetto del principio di stretta legalità penale, che vieta interventi di carattere additivo o sostitutivo, i quali si tradurrebbero inevitabilmente in una riformulazione in via pretoria di una fattispecie incriminatrice¹⁰⁶.

Ciò posto, appare di tutta evidenza come la Corte, facendo leva sull'evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche, sia giunta a censurare le premesse scientifiche delle norme impugnate ritenendole non più giustificate a fronte delle recenti acquisizioni della scienza medica. In tal senso, occorre tuttavia segnalare che

beneficiario del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena a norma dell'art. 146, primo comma, numero 3, del codice penale o, trattandosi di sieropositivi, a norma dell'art. 147, primo comma, numero 2, del medesimo codice; b) il numero dei condannati che, dopo aver beneficiato di un rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, in quanto affetti da infezione da HIV o trovandosi comunque nelle condizioni ivi previste, sono o sono stati sottoposti a procedimento penale per reati commessi dopo la sentenza di condanna; c) il numero delle persone affette da infezione da HIV che risultano in atto ristrette negli istituti penitenziari; d) il numero e la capienza di strutture adeguatamente attrezzate in ambito penitenziario in grado di accogliere e di prestare la necessaria assistenza alle persone affette da infezione da HIV; e) il numero e la capienza di altre strutture idonee ad accogliere ed assistere persone affette da infezione da HIV in stato di detenzione domiciliare.

¹⁰⁴ Nella sentenza n. 438, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 146, primo comma, numero 3, del codice penale, aggiunto dall'art. 2 del d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla legge 14 luglio 1993, n. 222, “nella parte in cui prevede che il differimento ha luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti”. Lo stesso avviene nella sentenza n. 439, ove viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 286 *bis*, primo comma, del codice di procedura penale, “nella parte in cui stabilisce il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, quarto comma, del medesimo codice, e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti”.

¹⁰⁵ Per maggiore approfondimento sulla delega di bilanciamento in concreto, si veda, tra gli altri, R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3575-3576.

¹⁰⁶ A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 3468. Nello stesso senso, v. anche ID., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 4199 ss.

l'inconsistenza delle fondamentali fattuali delle scelte legislative in parola era un dato già noto da tempo, di talché l'irrazionalità delle predette prognosi empiriche poteva essere rilevata e dichiarata già in epoca precedente. Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a ritenere che il descritto *revirement* giurisprudenziale sia stato in qualche misura provocato anche da "suggestioni extragiuridiche", che avrebbero condotto la Corte a ricomprendere nel giudizio di bilanciamento, accanto alla tutela della salute individuale e collettiva nel contesto carcerario, anche un terzo interesse, consistente nell'esigenza di tutelare il bene della pacifica convivenza dell'intera collettività, rimasto tuttavia tra le righe della sentenza¹⁰⁷.

Orbene, le predette vicende giurisprudenziali, in sé indubbiamente paradigmatiche dell'incidenza del progresso scientifico e tecnologico sull'attività del giudice delle leggi, rappresentano tuttavia episodi isolati e sporadici, come tali non idonei ad assurgere ad archetipo del sindacato di legittimità costituzionale sulle questioni di carattere tecnico-scientifico, giacché – come si è visto – le occasioni in cui la Corte costituzionale ha concretamente attivato i propri poteri conoscitivi al fine di acquisire il patrimonio di conoscenze specialistiche necessarie per verificare l'attendibilità dei presupposti empirici delle scelte legislative sono state alquanto infrequenti. Indubbiamente, ove il giudice delle leggi potenziasse il ricorso ai propri poteri istruttori, i quali – come si è tentato di illustrare nel corso della trattazione – furono concepiti e congegnati per trovare ampia e diffusa applicazione nel processo costituzionale, accompagnando alla decisione una motivazione che esibisca in modo lineare l'impatto di siffatta attività conoscitiva sull'esito decisorio, ne deriverebbe un consolidamento della legittimazione "scientifica" della Corte costituzionale sul piano istituzionale, il quale consentirebbe forse di stornare le accuse di autoreferenzialità che talvolta vengono mosse ai giudici di Palazzo della Consulta.

¹⁰⁷ A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale*, cit., 3466-3467.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Avviandoci alle conclusioni, non resta oramai che raccogliere e ricomporre le risultanze che affiorano dall'indagine condotta in ciascuno dei contesti processuali esaminati per cogliervi le peculiari tensioni in atto nel rapporto tra il giudice e il dato tecnico-scientifico e misurare l'impatto che le dinamiche osservate spiegano sull'art. 101 Cost.

Ci spingeremo poi a proporre un'interpretazione *evolutiva* della predetta norma costituzionale e del brocardo – *iudex peritus peritorum* – che ne rappresenta ai nostri fini il precipitato, per misurare i principi fondamentali ivi consacrati sulle istanze del progresso tecnico-scientifico e attualizzarne il significato in un'epoca storica in cui – come si è visto – la scienza e la tecnica permeano e condizionano le relazioni intersoggettive in modo senz'altro più incisivo che non in passato, investendo anche il ruolo del giudice ed esponendolo a pericolose e (forse) inevitabili torsioni.

La nostra ricognizione inizia dal processo ordinario, che rappresenta probabilmente la realtà processuale ove l'impatto del sapere esperto appare più immediatamente tangibile, in ragione dell'ampiezza delle competenze e della cognizione del giudice ordinario. Come si ricorderà, il fenomeno è stato osservato assumendo l'angolo visuale della valutazione della prova scientifica, acquisita sotto forma di perizia nel processo penale e di consulenza tecnica nel processo civile.

Nel tentativo di istituire una comparazione tra i due ordinamenti processuali, il primo dato che può rilevarsi è che il problema dell'uso probatorio della scienza appare maggiormente avvertito nel processo penale, ove la giurisprudenza ha forse svolto una riflessione più attenta e compiuta sul significato attuale del principio *iudex peritus peritorum*, nonché sui criteri di valutazione della prova scientifica attraverso il progressivo adeguamento agli standard probatori elaborati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti negli anni '90. Non stupisce, pertanto, che parte della dottrina processualcivile invochi l'adozione dei parametri *Daubert* anche nel processo civile, ove il contraddittorio cosiddetto tecnico si rivela talora inefficace e quindi

inidoneo ad agevolare il controllo del giudice sulla attendibilità tecnico-scientifica delle risultanze della consulenza tecnica¹.

Se i recenti arresti della giurisprudenza penale di legittimità hanno scolpito la figura di un giudice *gatekeeper*, deputato a svolgere una funzione di custodia del metodo scientifico adottato dall'esperto per fondare le conclusioni del proprio elaborato peritale, la giurisprudenza civile di legittimità sembra invece meno permeabile agli avanzamenti della scienza e della tecnica, avallando prassi e orientamenti non sempre condivisibili e talora stigmatizzati dalla dottrina.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità riconosciuta al giudice di merito di disattendere le argomentazioni tecniche svolte dal consulente nella propria relazione, laddove egli ritenga di poter sostituire ad esse altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche: tale consolidato indirizzo interpretativo rischia, infatti, di compromettere la tensione razionalistica ed epistemica che – come si è visto – percorre il ragionamento giudiziario, in favore di un tratatizio e anacronistico modello di giudice *onnisciente*, che, senza averne le competenze, usurpa il ruolo dell'esperto. Scarsamente persuasiva appare, altresì, la prassi di ammettere una motivazione implicita ovvero *per relationem* ai risultati della consulenza tecnica d'ufficio, laddove le conclusioni del consulente d'ufficio non siano state contestate dai consulenti di parte, prassi che talora si traduce nel diniego di ostendere le ragioni dell'iter logico-argomentativo che ha condotto il giudice a condividere le risultanze della relazione tecnica.

Venendo poi al processo amministrativo, si ricorderà che la giurisprudenza – a partire dal 1999 – superava il precedente indirizzo restrittivo, ammettendo la sindacabilità delle valutazioni implicanti un apprezzamento di carattere tecnico, sia pure nelle forme e nei limiti di un *sindacato intrinseco debole*. Appena un anno dopo, il legislatore, sulla scorta del predetto *revirement* giurisprudenziale, ammetteva la possibilità di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, così consentendo anche al giudice amministrativo di accertare ed apprezzare i fatti rilevanti ai fini della decisione, soprattutto nell'ambito del sindacato sulla discrezionalità tecnica; infine, nel 2010, con

¹ Così ad esempio G. F. RICCI, *Esperienze statunitensi e prova scientifica*, in AA. VV., *Giustizia senza confini: studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, Bononia University Press, 2012, 442.

l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la consulenza tecnica d'ufficio era espressamente ricompresa tra i mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo.

Con specifico riferimento alle valutazioni tecniche complesse dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, contraddistinte dall'applicazione di leggi economiche e di massime di esperienza, il medesimo bisogno di standard valutativi espresso dal giudice penale dettava ai giudici di Palazzo Spada la formulazione di criteri dotati di autonomia tecnico-scientifica a petto dei quali verificare l'attendibilità e la ragionevolezza dell'ipotesi ricostruttiva proposta dall'Autorità antitrust.

Il processo di rinnovamento che ha complessivamente investito il giudizio amministrativo pare tuttavia scontare una certa refrattarietà del giudice ad ammettere la consulenza tecnica, orientamento che non favorisce quel "dialogo ordinato con la comunità tecnico-scientifica" auspicato da Travi, traducendosi in un impoverimento della risposta di giustizia tanto dal punto di vista delle garanzie processuali, quanto dal punto di vista sostanziale.

Assumendo, infine, la prospettiva del processo costituzionale, si può senz'altro affermare che il dato tecnico-scientifico ha oramai assunto un rilievo notevole nel sindacato di legittimità costituzionale: il giudice delle leggi, immerso anch'egli nel fluido e incessante moto evolutivo della scienza e della tecnica, è infatti sempre più spesso costretto a confrontarsi con una normazione ad elevato contenuto tecnico, senza tuttavia poter contare sullo strumentario istruttorio di cui dispone il giudice del fatto. Sembra di poter rilevare che l'unico mezzo di cui i giudici di Palazzo della Consulta dispongono per verificare l'attendibilità, la ragionevolezza e l'attualità dei presupposti tecnico-scientifici delle scelte legislative risiede nell'attivazione dei propri poteri conoscitivi, che si esplica attraverso il ricorso alle ordinanze istruttorie. Invero, eccettuate alcune vicende emblematiche di una virtuosa dialettica tra la Corte e il sapere esperto, la prassi giurisprudenziale corrente restituisce l'immagine di un giudice costituzionale poco incline a servirsi dei predetti poteri istruttori, i quali peraltro solitamente non vengono impiegati per acquisire o per rafforzare il supporto tecnico-scientifico su cui fondare la decisione. Ad avviso di chi scrive, un ricorso più ampio (e controllabile) alle ordinanze istruttorie, accompagnato da una motivazione che esibisca in modo lineare l'impatto della espletata attività conoscitiva sull'esito decisorio,

consentirebbe – forse – di consolidare la legittimazione “scientifica” della Corte costituzionale, così stornando le critiche di autoreferenzialità che talora vengono rivolte al giudice delle leggi.

Ci accingeremo ora a ordinare e aggregare le tendenze emerse all’esito di questa ricognizione sistematica recuperando le categorie descrittive utilizzate nel capitolo secondo, articolate – come si ricorderà – nella triade *giudice - processo - decisione*.

Per quanto riguarda il versante oggettivo del *processo*, la permeabilità di ciascun ordinamento processuale al sapere tecnico-scientifico emerge in prima battuta dalle attuali disposizioni processuali, giacché attraverso i mezzi di prova o di istruzione probatoria codificati nei rispettivi codici di rito è possibile acquisire e utilizzare le conoscenze esperte ritenute necessarie ai fini della risoluzione della controversia. Il primo dato che si offre alla nostra attenzione è che le norme processuali sono – oramai – tutte allineate nel conferire al giudice il *potere* di avvalersi del contributo di un esperto laddove siano richieste competenze di carattere tecnico, nonché scientifico e artistico: l’art. 220, co. 1, c.p.p. nel processo penale, a mente del quale “La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”; l’art. 61 c.p.c. nel processo civile, secondo cui “Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”; l’art. 63, co. 4, c.p.a. nel processo amministrativo, il quale dispone che “Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica”; l’art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale nel processo costituzionale, il quale afferma che “La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione”.

Invero, la *discrezionalità* che connota il potere istruttorio del giudice viene – come si è visto nel corso della trattazione – da taluni interpretata nel senso della *doverosità* di un ricorso al sapere esperto laddove la natura della controversia imponga l’acquisizione di cognizioni tecnico-scientifiche che il giudice non può *ex se* immettere nel processo.

Se dunque questo è lo stato dell'arte, resta in ogni caso in capo al giudice il potere di aprire o meno le porte del processo alla scienza.

Giungiamo così al profilo soggettivo del *giudice*, rispetto al quale possono verosimilmente essere registrate due opposte tendenze, che, come Scilla e Cariddi, incombono sul giudicante, il quale deve trovare la rotta attraverso un mare periglioso, evitando di cedere la toga allo scienziato ovvero di rivestirne impropriamente il camice.

Nel primo senso, vi è il pericolo che il giudice finisca per delegare la risoluzione della controversia all'esperto attraverso un'acritica e non adeguatamente motivata adesione alle conclusioni della relazione peritale giudicata più persuasiva o semplicemente predisposta dal soggetto più accreditato nella comunità scientifica di riferimento. Appare evidente che un siffatto utilizzo delle prove scientifiche rischierebbe di recidere l'essenziale collegamento che la norma costituzionale ha voluto istituire tra il potere giudiziario e il popolo in nome del quale il giudice è chiamato ad amministrare la giustizia.

La rinuncia a esercitare il controllo sul corretto impiego delle nozioni tecnico-scientifiche da parte dell'esperto – con il conseguente scivolamento del momento decisionale all'esterno del processo – si tradurrebbe infatti in una lesione di quella sovranità popolare di cui – come si è visto nel primo capitolo – il potere giudiziario deve considerarsi “espressione” e “forma di esercizio” per il tramite del principio che assoggetta il giudice soltanto alla legge. Deve invece preservarsi quell'intimo collegamento tra la giurisdizione e la comunità sociale cui essa deve servire²³.

Laddove tale nesso sociale si dissolvesse, si cadrebbe – come affermato da Denti – “nell'illusione di prospettare l'avvento della fase scientifica della prova come l'epoca del rigore che succederebbe a quella del sentimento; o addirittura nel pericolo di trasformare il processo in una sorta di laboratorio, dominato dalla tecnica e neutrale ai valori che sono in gioco nella controversia e nei quali si rispecchiano i valori della società intera. Una legislazione processuale che si ponesse per questa via finirebbe con l'instaurare una sorta di autoritarismo processuale moderno di tipo tecnocratico, forse

² L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, cit., 1120.

³ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 308 ss.

peggiore di quello che caratterizzava l'epoca delle prove irrazionali e delle prove legali”⁴.

Le medesime preoccupazioni vengono, peraltro, espresse da Irti, il quale, nel rappresentare la tecnica quale potenza vuota di fini e pertanto inidonea a rispondere ai tre fondamentali interrogativi che impegnano il legislatore, il cittadino e il giudice, ossia rispettivamente cosa prescrivere, come comportarsi, come decidere, esorta a non cedere alle suggestioni scientiste e tecnocratiche del moderno pensiero nichilista, rimarcando come la tecnica debba essere utilizzata dal diritto in funzione servente al raggiungimento dei fini imposti dalla volontà politica⁵.

A questo proposito, debbono altresì rammentarsi le attente osservazioni di Jasanoff, la quale, con specifico riferimento all'istituto della *expert testimony*, denuncia il rischio incombente di una mercificazione del sapere scientifico, giacché la logica fortemente antagonista propria dell'*adversary system* statunitense premia gli interessi, l'abilità e le risorse della parte capace di assicurarsi la testimonianza peritale più convincente e che, in quanto tale, ha una seria probabilità di essere la più “costosa”⁶.

Alla descritta inclinazione si contrappone un atteggiamento di segno opposto, che dà corpo a una figura di giudice-scientziato, il quale nei fatti rinuncia al confronto con il mondo della scienza e della tecnica, posizione che ridonda nella scelta di non disporre la consulenza tecnica o la perizia, oppure nella decisione di non ricorrere alle ordinanze istruttorie dinanzi a questioni tecnico-scientifiche di elevata complessità. Come si ricorderà, tale approccio – che rischia di restaurare il prototipo del giudice “apprendista stregone” stigmatizzato da Taruffo – può essere fondato sulla presunzione che le cognizioni specialistiche possano essere surrogate dal ricorso al senso comune, alle massime di esperienze o alla logica, quando non direttamente sostituite dalle conoscenze personali del giudice. Tale persuasione, criticata dalla prevalente dottrina, provoca inevitabilmente un impoverimento della risposta di giustizia, privando la decisione del suo fondamento tecnico-scientifico. E dunque anche per questa via si verrebbe a determinare una erosione della sovranità popolare, se è vero che – come vuole Ferrajoli – la legittimazione del potere giudiziario riposa anche sulla correttezza

⁴ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., 434 ss.

⁵ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., 4 ss.

⁶ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., 83-84.

e sulla fondatezza dei presupposti giuridici del suo esercizio e dunque, in ultima analisi, sulla fiducia – non già sul consenso – che egli ispira presso la collettività in virtù di un’attitudine intellettuale che ha elevato il dubbio a criterio del suo agire professionale⁷.

Rifuggendo dalla tentazione della delega e da quella dell’autosufficienza, il giudice ‘virtuoso’ vorrà invece avviare un dialogo costruttivo con la scienza. Sorge tuttavia un importante interrogativo: possiede egli gli strumenti per formulare le giuste domande all’esperto, nonché per valutare le sue risposte?

A parere di chi scrive, è proprio sul profilo metodologico della *decisione* che si condensano gli aspetti più problematici del tema oggetto della nostra indagine. Occorre infatti domandarsi se le categorie e i criteri di giudizio tradizionalmente impiegati dal giudice conservino o meno la loro attualità laddove il fatto probatorio da apprezzare abbia carattere tecnico-scientifico. In tali ipotesi, infatti, la valutazione delle prove è sovente filtrata dall’attività di un esperto, sicché – di fatto – il giudicante è chiamato ad apprezzare la valutazione che del fatto stesso viene offerta dal consulente tecnico o dal perito, svolgendo così quella che potrebbe essere definita una *metavalutazione*, che si esercita sulla ricostruzione della realtà proposta dall’esperto in applicazione di leggi scientifiche o di regole tecniche.

Non può dunque stupire che la giurisprudenza abbia faticosamente tentato di formulare standard valutativi tramite i quali misurare l’attendibilità del metodo e delle conclusioni cui la scienza e la tecnica dell’esperto pervengono: è il caso dei criteri *Daubert* nel processo penale, del quale parte della dottrina processualcivilistica invoca l’applicazione anche nel processo civile, nonché dei parametri individuati dal Consiglio di Stato per verificare l’attendibilità delle valutazioni complesse elaborate dall’Autorità antitrust nell’ambito del sindacato sulla discrezionalità tecnica.

Tuttavia, come si è visto, l’applicazione di parametri di origine giurisprudenziale come il *Daubert* rischia di spostare a valle un problema che si pone a monte, giacché forse anche la *metavalutazione* del metodo e delle conclusioni dell’elaborato peritale presuppone il possesso di quelle competenze tecnico-scientifiche rispetto alle quali il giudice è ritenuto *ex ante* incompetente. Merita poi attenzione il monito del Primo

⁷ L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, cit., 22 ss.

Presidente Canzio, il quale, in un suo recentissimo intervento⁸, denuncia l'astrattezza e la genericità che affettano i criteri di valutazione della prova scientifica di elaborazione pretoria come il *Daubert*.

Indubbiamente, non è realistico immaginare che il giudice possa padroneggiare con disinvoltura un sapere iperspecialistico, ma non si può d'altro canto sottovalutare il pericolo che la funzione giurisdizionale si converta in un'attività para-burocratica: vi è infatti il rischio che il decidente, anziché *peritus peritorum*, assuma piuttosto la veste di *servus peritorum*, ossia di consumatore passivo di un sapere extragiuridico al quale – per recuperare le icastiche parole di Stella – si limita ad apporre un timbro⁹.

Se questi sono i dati emergenti, sembra a chi scrive di dover ravvisare proprio nella instaurazione di un ordinato dialogo con la scienza la condizione essenziale e irrinunciabile per continuare ad invertere l'art. 101 Cost., in cui sono proclamati i principi della soggezione del giudice soltanto alla legge e della legittimazione democratica indiretta del potere giudiziario, il cui significato e il cui valore – come si è visto nella prima parte del lavoro – sono stati oggetto di un dibattito che ha lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza.

Ove ciò non si realizzasse, si prospetterebbe infatti il rischio di una – più o meno – consapevole abdicazione del giudice alla propria funzione, che ne reciderebbe i nessi con il popolo sovrano, collocandolo al di fuori del principio di legalità. È il caso, da un lato, del giudicante che, rinunciando al primato della valutazione giudiziale, delegasse la decisione della causa all'esperto con il risultato di amministrare la giustizia non più “in nome del popolo italiano”, bensì in rappresentanza di un sapere settoriale non sottoposto ad un controllo democratico. Dall'altro lato, vi è l'ipotesi di un giudice che, esorbitando i limiti della propria funzione, rinunciasse al confronto con la scienza in nome di un senso comune che rappresenta in realtà il precipitato della sua idiosincratia rappresentazione della realtà e non già l'espressione del patrimonio dei valori collettivi e dei fini di cui egli è chiamato a garantire l'osservanza, tanto più in una società pervasa da un sapere tecnico-scientifico di fronte al quale le stesse previsioni codicistiche riconoscono che il senso comune può rivelarsi insufficiente.

⁸ Relazione svolta il 13 gennaio 2017 presso l'Accademia dei Lincei in Roma, dal titolo “La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities”.

⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 465.

Al fine di scongiurare tali pericoli, molteplici sono le linee di intervento prospettate in dottrina, tutte concordi nell'esigenza di moltiplicare i punti di tangenza tra la comunità giuridica e quella scientifica.

Secondo alcuni, la sede di questa cooperazione tra giuristi e scienziati, il cui frutto potrebbe ad esempio realizzarsi nella redazione di *guidelines*, si colloca fuori e prima del processo: la più recente dottrina penalistica auspica, in tal senso, che anche il nostro ordinamento – al pari di quello statunitense – adotti un *vademecum* analogo al *Reference Manual on Scientific Evidence*¹⁰, che parimenti contenga una rappresentazione dello stato dell'arte nei settori scientifici che intersecano maggiormente le dinamiche forensi e gli interessi processuali.

Una ulteriore opzione potrebbe poi risiedere nell'*arricchimento* dei profili professionali, rispettivamente del giudice e dell'esperto, per calare dentro il processo una figura capace di fronteggiare e dominare problemi e istanze tanto di natura giuridica quanto di natura tecnica e scientifica. In tal senso, parte della dottrina si fa assertrice di una proposta che abbraccia cultura scientifica e cultura giuridica secondo un paradigma cooperativo, proponendo di implementare un progetto di “costruzione giuridica” della scienza da realizzarsi, da un lato, attraverso l'ampliamento delle competenze professionali dei giudici, e dall'altro, attraverso la familiarizzazione degli esperti con gli scopi del giudizio e con gli standard ivi impiegati per accertare l'attendibilità delle asserzioni formulate¹¹.

Convergono nel senso di una maggiore contaminazione tra le due culture anche le osservazioni del Primo Presidente Canzio, il quale auspica che ciascuna di esse possa “decrittare” il linguaggio dell'altra, per realizzare una reciproca comprensione dei rispettivi metodi e delle rispettive tecnologie, e dunque la verifica dell'attendibilità dei risultati esibiti.

Altra dottrina auspica – più o meno espressamente – che il giudice si impegni in un'attività di costante aggiornamento della propria cultura media per riuscire così a utilizzare consapevolmente le nuove metodologie scientifiche e a valutare

¹⁰ Si rinvia in tal senso ai recenti contributi di G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, cit., 47; S. ARCIERI, *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il Reference Manual on Scientific Evidence*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017; ID., *La National Commission on Forensic Science (NCFS)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 marzo 2017.

¹¹ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., 122.

l'attendibilità e l'accettabilità delle loro risultanze¹². In questa direzione, ad esempio, vanno le osservazioni di Cartabia, che raccomanda l'ingresso nel corredo dei saperi del giudice di competenze maturate in un fecondo dialogo con la comunità scientifica¹³.

Se per tenere il passo con lo straordinario sviluppo della tecnica il giudice qui postulato dovrebbe essere in grado di muoversi agilmente attraverso una pluralità di saperi, allo stesso scopo quello prefigurato dal Primo Presidente Aggiunto Rordorf sceglie piuttosto la strada della specializzazione, calandosi verticalmente in un unico ramo del sapere giuridico. Ci piace qui ripotare le belle parole del Presidente, che nel 2000 scriveva: "Sono perfettamente consapevole di come il modello di giudice specializzato risulti, per molti di noi, assai poco attraente. Siamo tutti – io non meno di altri – ancora un po' nostalgici della figura del pretore mandamentale, che assolveva egregiamente i propri compiti con il conforto dei quattro codici e di qualche legge complementare stampata in appendice. Nostalgie ben legittime, certo, come quelle che ciascuno in cuor proprio potrebbe nutrire per la romantica figura del medico condotto o del vecchio medico di famiglia. Se però vogliamo calarci nel nostro tempo e tentare di rendere migliore la funzione pubblica cui il magistrato è preposto, quelle nostalgie già faremmo bene a metterle da parte. Può anche non piacerci la direzione verso cui va il mondo, ma non possiamo pretendere che si fermi per farci scendere. Sarebbe meglio, piuttosto, cercare di capirne il movimento e tenerci ben saldi: per evitare di essere sbalzati fuori"¹⁴.

Con questa esortazione ad inseguire da presso il cambiamento e le trasformazioni che investono la nostra società, per ritrovare nel presente le ragioni e il senso della funzione, pare a chi scrive di poter concludere la presente trattazione: il giudice non può – e non deve – infatti sottrarsi alla complessità che inevitabilmente si accompagna all'ingresso del fatto tecnico-scientifico nel processo, a pena di infirmare il significato più autentico dell'art. 101 Cost. In un'epoca in cui il potere fattuale conseguito dalla scienza e dalla tecnica pretende sovente di trovare in se stesso la propria giustificazione, il giudice dovrà strenuamente presidiare quella funzione che lo chiama ad amministrare

¹² M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice*, voce in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, I, Roma, Treccani, 2010, 4. Nello stesso senso, v. anche L. CHIEFFI, *Scientific questions*, cit., 19.

¹³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 12.

¹⁴ R. RORDORF, *La professionalità dei magistrati: specializzazione e avvicendamento*, in *Il Foro Italiano*, 10/2000, 273.

la giustizia “in nome del popolo” e lo vuole soggetto “soltanto alla legge”, e che oggi gli chiede di misurarsi con il sapere tecnico-scientifico per esercitare il proprio compito di *peritus peritorum* con una nuova consapevolezza, nell’instancabile ricerca della verità e della giustizia.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, Cedam, 1973;
- AA. VV., *La riforma del pubblico ministero, Atti del Convegno nazionale di studio (Mantova, 5-6 maggio 1973) dell'ANM*, Milano, Giuffrè, 1974;
- AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979;
- AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988;
- AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988;
- AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991;
- AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993;
- AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994;
- AA. VV., *Studi in onore di Manilo Mazziotti di Celso*, vol. I, Padova, Cedam, 1995;
- AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2005;
- AA. VV., *Forum: Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2007, 7 ss.;
- AARNIO A., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, "Acta Philosophica Fennica", Helsinki, 1983, 177 ss.;
- AARNIO A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, 199 ss.;
- ABBAMONTE G., *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 5/2002, 1203 ss.;
- ABBAMONTE G., *Processo costituzionale*, vol. I, *Il sindacato incidentale*, Napoli, Jovene, 1957;

ALEXY R., PECZENIK A., *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, in *Ratio Juris*, 3/1990, 130 ss.;

ALLARD J., GARAPON A., *La mondializzazione dei giudici: nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, Liberilibri, 2006;

AMARELLI F. R., *I componenti non togati nei Tribunali di Sorveglianza*, in *Questione giustizia*, 4/2003, 782 ss.;

AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 1997;

AMBROSINI S., *Antitrust e informazione radiotelevisiva: incostituzionalità della norma sulle concentrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/1995, 129 ss.;

AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, 444 ss.;

AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 181 ss.;

AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003;

AMORETTI M. C., MARSONET M. (a cura di), *Conoscenza e verità*, Milano, Giuffrè, 2007;

AMORTH A., *La Costituzione italiana: commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948;

ANDREANI A., *L'istruzione nel processo davanti ai Tribunali Regionali Amministrativi: esperienza e prospettiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1985, 479 ss.;

ANDRIOLI V., *L'intervento nei giudizi incidentali di legittimità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 281 ss.;

ANDRIOLI V., *La scientificità della prova con riferimento alla perizia e alla libera valutazione del giudice*, in *Diritto e giurisprudenza*, 6/1971, 794 ss.;

ANSANELLI V., *Art. 191 c.p.c.*, in CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile, Artt. 163-322 - Processo di cognizione. Procedimento davanti al tribunale. Giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2012, 9 ss.;

ANSANELLI V., *La consulenza tecnica*, in TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 2012, 993 ss.;

APA E., *Incostituzionalità continua: il duopolio televisivo riceve una nuova condanna, ma guadagna tempo*, in *Il Foro italiano*, parte I, 2003, 711 ss.;

APRILE F., *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus Hiv*, in *Cassazione penale*, 7/1996, 2060 ss.;

ARCIERI S., *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il Reference Manual on Scientific Evidence*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017;

ARCIERI S., *La National Commission on Forensic Science (NCFS)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 marzo 2017;

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, Cedam, 2008;

AULETTA F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, Cedam, 2002;

AULETTA F., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo e l'art. 1 c.p.c.*, in *Giustizia civile*, 4/2002, 892 ss.;

AULETTA F., *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2016, 461 ss.;

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Antitrust a portata di mano: cos'è e come funziona l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri. Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2007;

BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2001, 80 ss.;

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967;

BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1496 ss.;

BALDASSARRE A., *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in VOLPI M. (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, Il Mulino, 2001;

BALDASSARRE P., *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, in *Rivista di diritto civile*, 4/1992, 423 ss.;

BALDINI G., *Embrioni supranumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessioni a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte Edu*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 13 ss.;

BARBERA A., *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Diritto e società*, 1/2006, 359 ss.;

- BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016;
- BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2015, 163 ss.;
- BARILE P. (a cura di), *Piero Calamandrei. Venditue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990;
- BARILE P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994;
- BARILE P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982;
- BARTOCCI B., *Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaïm Perelman*, in *Ars Interpretandi*, 2010, 115 ss.;
- BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964;
- BARTOLE S., *Giudice*, I (Teoria generale), voce in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XV, Roma, Treccani, 1991;
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 1997;
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- BASTIANON S., *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Il Foro italiano*, 1, 2005, 7 ss.;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, V ed., a cura di F. VENTURI, Torino, Einaudi, 1981, XVII;
- BELLOMO F., *Nuovo sistema di diritto amministrativo*, vol. II, Bari, Diritto e scienza, 2013;
- BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, Bari, Diritto e Scienza, 2010;
- BENEDETTI G., *Una testimonianza sulla teoria ermeneutica di Emilio Betti*, in *Rivista di diritto civile*, 6/1990, 777 ss.;
- BENTHAM J., *Traité des preuves iudiciaries*, Parigi, Bossange freres, Libraires-editeurs, 1823;
- BESSONE M. (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, 1. *Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999;

BESSONE M. (a cura di), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Torino, Giappichelli, 1997;

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, Giuffrè, 1955;

BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'“amicus curiae” davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1995, 4751 ss.;

BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008;

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Artt. 101-139, Disposizioni transitorie e finali*, Torino, Utet Giuridica, 2006;

BILANCETTI M., *Sistema accusatorio e indagini preliminari*, in *La Giustizia Penale*, 8-9/1989, 481 ss.;

BIN R., *Atti normative e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988;

BIN R., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992;

BIN R., *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3574 ss.;

BIN R., *La Corte e la scienza*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale, Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2006;

BLAIOTTA R., *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cassazione penale*, 3/2010, 1265 ss.;

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 4/2003, 1176B ss.;

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979;

BONA C., *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, Il mulino, 2010;

BONIFACIO F., GIACOBBE G., *Commento dell'art. 104 Cost.*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, La magistratura*, II, Bologna – Roma, Zanichelli, 1986, 1 ss.;

BONIFACIO F., GIACOBBE G., *Commento dell'art. 107 Cost.*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, La magistratura*, II, Bologna – Roma, Zanichelli, 1986, 140 ss.;

BONSIGNORE A., DE STEFANO F., VIAZZI C., *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1/2016, 285 ss.;

BORGNA P., MADDALENA M., *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Roma, Laterza, 2003;

BORRELLO R., *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non...dichiarata)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 3950 ss.;

BOSCARELLI M., *A proposito del "principio di tassatività"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 1147 ss.;

BOSCO N., *Studio sul pragmatismo di C. S. Peirce*, 1, in ID., *Dalla scienza alla metafisica*, Torino, Giappichelli, 1977;

BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, La Magistratura*, I, Bologna – Roma, Zanichelli, 1994;

BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, La magistratura*, II, Bologna – Roma, Zanichelli, 1986;

BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Garanzie costituzionali*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1981;

BRETT P., *The Implications of Science for the Law*, in *McGill Law Journal* 18, 1972, 187 ss.;

BRUNELLI G., PUGIOTTO A., *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in COSTANZO P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996;

BRUSCO C., *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2012, 61 ss.;

BRUTI LIBERATI E., *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, Feltrinelli, 1998;

BRUTI LIBERATI E., *L'associazione dei magistrati italiani*, in BRUTI LIBERATI E., PALAMARA L. (a cura di), *Cento anni di Associazione Magistrati*, Milano, Wolters Kluwer, 2009;

CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, II, 1997, 341 ss.;

CALAMANDREI P., LEVI A. (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Firenze, Barbera, 1950;

CALAMANDREI P., *Governo e magistratura*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Morano, Napoli, 1966;

CALAMANDREI P., *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, III, 1947, 1 ss.;

CALAMANDREI P., *Crisi della motivazione*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1965;

CALAMANDREI P., *L'Avvocatura e la riforma del processo civile*, Prolusione letta nell'Università di Siena il 16 gennaio 1920, in ID., *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Cedam, 1930, 299 ss.;

CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1965;

CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1950;

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954;

CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, 273 ss.;

CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in ID., *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1957, 111 ss.;

CALLARI F., *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6/2013, 1346 ss.;

CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937;

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati Segretariato generale, 1976;

CAMERLENGO Q., *I Poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, Giappichelli, 2006;

CAMERLENGO Q., *Soltanto per diversità di funzioni? I magistrati ordinari tra carriera e prestigio*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2014, 285 ss.;

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1910;

CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902, 275 ss.;

CANZIO G., *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2016, 425 ss.;

CANZIO G., *«L'oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2004, 303 ss.;

CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, 2 ss.;

CAPPELLETTI M., *La "politica del diritto" di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in BARILE P. (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 255 ss.;

CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957;

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984;

CAPRIOLI F., *La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 9, 2008, 3520 ss.;

CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 2/2013, 608 ss.;

CARANTA R., *Tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ed incisività del sindacato del giudice nazionale (Kontrollidchte)*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/1999, 503 ss.;

CARAVITA B., *Il principio di legalità fra legge e Costituzione in Piero Calamandrei*, in *Diritto e società*, 3/1982, 523 ss.;

CARAVITA B. (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994;

CARCATERRA G., *Cesare Beccaria e Chaïm Perelman: logicismo e antilogicismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/2014, 575 ss.;

CARCATERRA G., *La logica della ricerca giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/2015, 575 ss.;

CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012;

CARCATERRA G., *L'argomentazione giuridica fra retorica e logica nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in CERRONE F., REPETTO G. (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012, 339 ss.;

CARLASSARE L. (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladin, Padova, Cedam, 2004;

CARLASSARE L., “Astrattezza” e “concretezza” in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1989, 1109 ss.;

CARLI L., *La prova scientifica nel sistema processuale penale* (pt. II), in *Critica penale*, 3-4/2006, 239 ss.;

CARLIZZI G., *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cassazione penale*, 3/2006, 1184 ss.;

CARLIZZI G., *Iudex peritus peritorum*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2/2017, 27 ss.;

CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano, Giuffrè, 1951;

CARNAP R., *I fondamenti filosofici della fisica: introduzione alla filosofia della scienza*, trad. it., II ed., Milano, Il Saggiatore, 1982;

CARNELUTTI F., *Intervento*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile, 30 settembre – 3 ottobre 1950*, Padova, Cedam, 1953;

CARNELUTTI F., *Appunti sulla motivazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/1951, 88 ss.;

CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947;

CARNELUTTI F., *Matematica e diritto*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1951, 201 ss.;

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile, I. Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936;

CARNELUTTI F., *Torniamo al “giudizio”*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1949, 174 ss.;

CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in AA. VV., *Forum: Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2007, 9 ss.;

CASABURI G., *(In tema di dichiarazioni di “status”)*, in *Il Foro italiano*, 10/2015, 3110 ss.;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, 19° ed., Milano, Giuffrè, 2017;

- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, Giappichelli, 2012;
- CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2016;
- CASSESE S., *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996;
- CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro italiano*, 1/1996, 7 ss.;
- CASSESE S., *Eclissi o rinascita del diritto?*, in ROSSI P. (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, 29 ss.;
- CASTORINA E., *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015;
- CATALDI M., *La nomina del c.t.u.*, in *Giurisprudenza di merito*, 11/2007, 2799 ss.;
- CAVALLARI V., *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA. VV., *La riforma del pubblico ministero, Atti del Convegno nazionale di studio (Mantova, 5-6 maggio 1973) dell'ANM*, Milano, Giuffrè, 1974, 148 ss.;
- CAVALLINI D., *Le valutazioni di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2012, 1223 ss.;
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2010, 1 ss.;
- CELOTTO A., *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1996, parte 1, 28 ss.;
- CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile, Artt. 163-322, Processo di cognizione. Procedimento davanti al tribunale. Giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2012;
- CENTONZE F., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2001, 1232 ss.;
- CERRI A., *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 142/2003, 7 ss.;
- CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 12/1978, 1335 ss.;

CERRI A., *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere "privilegiato" delle valutazioni legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1986, 956 ss.;

CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, voce in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XXV, 1991 (voce aggiornata nel 2004);

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 463 ss.;

CHELI E., *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC*, 3/2015;

CHELI E., *Scienza, tecnica e diritto costituzionale: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017;

CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2008, 129 ss.;

CHIARLONI S., *La verità presa sul serio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2010, 695 ss.;

CHIAVARIO M., *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/1985, 215 ss.;

CHIEFFI L., *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettiva di riforma*, Napoli, Jovene, 1998;

CHIEFFI L., *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it.*, 7/2007;

CHIEPPA R., *Nota a ordinanza 30 novembre 1957, n. 127*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 1223 ss.;

CHIODI G., PULITANÒ D. (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, Giuffrè, 2013;

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist., Jovene, 1965;

CHIZZINI A., *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. n. 80 del 1988 e dalla l. n. 205 del 2000*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2001, 872 ss.;

CICERONE M. T., *De inventione*, I, 47;

CICERONE M. T., *De oratore*, II, 170;

CICERONE M. T., *Topica*, 19, 88;

CICU A., MESSINEO F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo II, sez. I, Milano, Giuffrè, 1992;

CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.;

CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il Consiglio di Stato*, 11/2000, pt. 2, 2371 ss.;

CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica* (dir. amm.), voce in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.;

CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, 983 ss.;

CIOLLI I., *L'equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 702 ss.;

CLARICH M., *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2002, 3858 ss.;

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1/1993, 77 ss.;

COMANDE G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato: atti del Convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004;

COMOGLIO P., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/1994, 1063 ss.;

COMOGLIO P., *Le prove civili*, Torino, Utet giuridica, 2010;

COMOGLIO P., *Prove ed accertamento dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/1990, 113 ss.;

COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, Utet giuridica, 2012;

CONSO G. (a cura di), *Pubblico Ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma*, Bologna, Zanichelli, 1979;

CONSOLO C., *Al «cuore» dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2004, 1535 ss.;

COSTANZO P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale: atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995*, Torino, Giappichelli, 1996;

CORDOPATRI F., *Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giurisprudenza di merito*, 3/1999, 632 ss.;

CORSO L., *Funzione giudiziaria e sovranità popolare*, in *Nuove Autonomie*, 3-4/2007, 585 ss.;

COSTANZO P., *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3896 ss.;

Costituzione della Repubblica francese accettata dalle assemblee primarie del popolo e proclamata dalla Convenzione nazionale come legge fondamentale della Repubblica il 25 settembre 1795, 1, Torino, Pane & Barberis, 1798;

CRISAFULLI V., *Fonti del diritto* (dir. cost.), voce in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 925 ss.;

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II.2, *La Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1974;

CRISAFULLI V., PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990;

MORELLI M. R., *Art. 104 Cost.*, in CRISAFULLI V., PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 649 ss.;

CRISCUOLI G., *Amicus curiae*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/1973, 187 ss.;

CUOCOLO F., *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996;

D'AGOSTINI F., *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011;

D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, *Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2006;

D'ATENA A., *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2027 ss.;

D'AMICO G., *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, *Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, 2006;

D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, Giappichelli, 2002;

D'AMICO M., *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo «a quo») ad intervenire nel giudizio costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/1992, 385 ss.;

D'ELIA G., *L'azione penale popolare nel sistema costituzione italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3099 ss.;

D'ORLANDO E., MONTANARI L., *L'indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo del Consiglio di Giustizia*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 4/2010, 1603 ss.;

DAGA L., *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973;

DAGOSTINO R., *La rilevanza del fatto scientificamente incerto nel processo amministrativo. Riflessioni a margine del caso M.U.O.S.*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2016, 575 ss.;

DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, Giappichelli, 2002;

DAL CANTO F., *Corte costituzionale e attività interpretativa. Tra astrattezza e concretezza del sindacato di costituzionalità in via d'azione*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale: nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006;

DALL'AGLIO G., *Calcolo delle probabilità*, II ed., Bologna, Zanichelli, 2000;

DANIELE M., *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015;

DANOVI F., *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/2000, 898 ss.;

DE CATALDO NEUBURGER L., *Prova dichiarativa e prova scientifica: dalla marginalità della prima ad una nuova prova "regina"*, in MONTAGNA M. (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher: anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 2012;

DE PRETIS D., *Concetti giuridici indeterminati e discrezionalità tecnica*, 1, Trento, Ed. provvisoria, 1990;

DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/1999, 1179 ss.;

DE PRETIS D., *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004;

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995;

DE SIERVO U., *La Corte cambia in tema di malati di Aids e regime carcerario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1995, 3455 ss.;

DEL PRETE P., *La discrezionalità della Pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, Pansini, 1941;

DELL'UTRI M., *Conoscere la verità*, in AMORETTI M. C., MARSONET M. (a cura di), *Conoscenza e verità*, Milano, Giuffrè, 2007;

DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2000, 185 ss.;

DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, 414 ss.;

DENTI V., *Il potere giudiziario*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979;

DI FEDERICO G., *La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2/1978, 798 ss.;

DI FEDERICO G., *Organico, reclutamento, valutazioni di professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione di funzioni giudiziarie, trattamento economico*, in ID. (a cura di), *Ordinamento giudiziario: uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Padova, Cedam, 2012, 227 ss.;

DI GIOVINE A., *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Quale giustizia*, 41-42/1977, 750 ss.;

DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999;

DITTRICH L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2011, 108 ss.;

DOMINIONI O., *Prova scientifica* (dir. proc. pen.), voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, 2008, 976 ss.;

DOMINIONI O., *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 5/2015, 601 ss.;

DONATI F., *Sentenze della Corte costituzionale e vincolo della copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 1502 ss.;

DONDI A., ANSANELLI, V. *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 621 ss.;

DONDI A., *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, 1, Milano, Giuffrè, 2005, 843 ss.;

DONDI A., *Problemi di utilizzazione delle “conoscenze esperte” come “expert testimony” nell’ordinamento statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2001, 1133 ss.;

DONES C., *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, Giuffrè, 1961;

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011;

DONINI M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in FOFFANI L. (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, Giuffrè, 2006;

DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985;

DWORKIN R., *L'impero del diritto*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1989;

ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel*, I, Paris, Sirey, 1927;

ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983;

EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 154 ss.;

FARALLI C. (a cura di), *Bioetica e biodiritto: problemi, casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2010;

FARES G., *Riflessioni sulla sentenza n. 466/2002 della Corte costituzionale in materia radiotelevisiva*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), 2/2003, 612 ss.;

- FELICIONI P., *Processo penale e prova scientifica: verso un modello integrato di conoscenza giudiziale*, in *Cassazione penale*, 4/2013, 1620 ss.;
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2771 ss.;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari, Editore Laterza, 1990;
- FERRAJOLI L., *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 4/2009, 9 ss.;
- FERRAJOLI L., *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto*, 1/1997, 285 ss.;
- FERRAJOLI L., *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in CHIODI G., PULITANÒ D. (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, Giuffrè, 2013;
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007;
- FERRARI V., *Etica del processo: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2014, 471 ss.;
- FERRER BELTRÀN J., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, Il mulino, 2004;
- FERRER BELTRÀN J., *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012;
- FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttori nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012;
- FERRUA P., *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Diritto penale e processo*, 10/2015, 1201 ss.;
- FERRUA P., *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2007;
- FERRUA P., *La prova nel processo penale (Struttura e procedimento)*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2015;
- FERRUA P., *Metodo scientifico e processo penale* in *Diritto penale e processo*, 6/2008, 12 ss.;
- FERRUA P., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1992, 1455 ss.;
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio nella democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.;

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36/2007, 1247 ss.;

FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Il Foro Italiano*, 7-8/1992, 2023 ss.;

FINOCCHIARO APRILE C., *Relazione a S. M. del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913 per l'approvazione del testo definitivo del codice di procedura penale*, Roma, Carlo Colombo, 1913;

FOIS S., *Legalità* (principio di), voce in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss.;

FRAGOLA A., *Presente e futuro della radiotelevisione*, in *Il Consiglio di Stato*, 10/1988, 1964 ss.;

FRANKEL M. E., *The Search for Truth: An Umpireal View*, in *University of Pennsylvania Law Review* 123, 1975, 1036 ss.;

FRIGNANI A., *Il «contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/1972, 112 ss.;

GADAMER H. G., *Verità e metodo*, trad. it., Milano, Studi Bompiani, 1995;

GALUPPI G., GRASSO L., *Scienze umane e scienze giuridiche – La composizione dei collegi minorili: disfunzioni, problemi e prospettive*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1/1997, 271 ss.;

GALUPPI G., GRASSO L., *Riflessioni di attualità su perizie e consulenze tecniche psicologiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2/1998, 673 ss.;

GAMBA C., *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali: problemi applicativi*, in *Rivista italiana di medicina legale e diritto in campo sanitario*, 1/2014, 18 ss.;

GARBOLINO P., *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cassazione penale*, 1/2007, 326 ss.;

GARGANI A., *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.;

GATTI M., *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3/2009, 529 ss.;

GEMMA G., *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotechnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, Giappichelli, 2006;

GIANFORMAGGIO L., *Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/1988, 461 ss.;

GIANFORMAGGIO L., *L'argomentazione giuridica e la funzione sociale del diritto in Chaïm Perelman*, in *Sociologia del diritto*, 1/1977, 165 ss.;

GIANNATTASIO C., *La Magistratura*, in CALAMANDREI P., LEVI A. (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Firenze, Barbera, 1950;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993;

GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939;

GIANNINI, M. S. *Corso di diritto amministrativo*, III, *L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967;

GILIBERTI B., *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction". Brevi considerazioni a Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2015, 745 ss.;

GILPIN R., WRIGHT C., *Scientists and National Policy-Making*, New York, Columbia University Press, 1964;

GIORELLO G., *Introduzione*, in AA.VV., *Critica e crescita della conoscenza*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1976;

GIORGETTI M., *Art. 61 c.p.c.*, in COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, Torino, Utet giuridica, 2012, 917 ss.;

GIULIANI A., *Logica del diritto (Teoria dell'argomentazione)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975;

GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961;

GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *La Giustizia penale*, 10/2011, 250 ss.;

GIUNTA F., *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, 561 ss.;

GORLA G., *La motivation des jugements*, in *Il Foro italiano*, 1979, vol. CII, V-1, 378 ss.;

GRASSO P. G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 808 ss.;

GRIGNANI A., *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, in *Il Foro Italiano*, 2/2003, 406 ss.

GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997;

GROPPI T., *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1998, 2798 ss.;

GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in COSTANZO P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996;

GROSSI P., *Indipendenza del pubblico ministero e soggezione dei giudici alla legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1964, 559 ss.;

GUARNIERI C., *L'indipendenza del p.m.*, in *Il Mulino*, 277/1981, 725 ss.;

GUARNIERI C., *L'indipendenza della magistratura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1978, 29 ss.;

GUASTINI R., *Commento dell'art. 101 Cost.*, in BRANCA G. e PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, La Magistratura*, I, Zanichelli, Bologna, 1994;

GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992;

GUASTINI R., *Legge* (riserva di), voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, Utet, 1994, 163 ss.;

GUASTINI R., *Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in AA. VV., *Studi in onore di Manilo Mazziotti di Celso*, vol. I, Padova, 1995;

GUASTINI R., *In tema di ragionamento giudiziario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1981, 199 ss.;

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993;

GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (I parte): il dibattito nella Commissione dei Settantacinque*, in *Diritto e società*, 2/1997, 157 ss.;

GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (II parte): il dibattito in Assemblea plenaria*, in *Diritto e società*, 3/1997, 291 ss.;

HAACK S., *Defending Science - within reason. Between scientism and cynism*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2007;

- HEMPEL C. G., *Filosofia delle scienze naturali*, II. ed., Bologna, Il Mulino, 1980;
- HUBER P., *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtrooms*, New York, Basic Books, 1991;
- IACOBINI A., *Le valutazioni di professionalità*, in *Il Foro Italiano*, 5/2016, 202 ss.;
- IACOVIELLO F. M., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 8-9/1992, 2028 ss.;
- IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale*, Milano, Giuffrè, 1997;
- IADICICCO M. P., *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2011, 393 ss.;
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma – Bari, Laterza, 2001;
- ITALIA V., *Il ragionamento giuridico*, in *L'Amministrazione Italiana*, 9/2008, 1149 ss.;
- IZZO U., *Cronaca di un "revirement" annunciato: il nuovo assetto costituzionale dell'incompatibilità carceraria del detenuto affetto da Hiv*, in *Il Foro italiano*, 5/1996, 1555 ss.;
- JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffrè, 2001;
- KADISH S. H., SCHULHOFER S. J., *Criminal Law and its Processes*, New York, Wolters & Kluwer, 1995;
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Etas, Milano, 1952;
- KOSHLAND D. E., *Scientific Evidence in Court*, in *Science*, 266, 1994;
- KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2015, 1177 ss.;
- KUNHE H.H., *La strumentalizzazione della verità e della sua ricerca nel processo penale*, in *Criminalia*, 2008, 475 ss.;
- LANCELLOTTI F., *Sentenza civile*, voce in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, Torino, Utet, 1969, 1106 ss.;
- LAUDAN L., *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006;
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1976;

LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, Cedam, 1973;

LAZZARA P., *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2000, 212 ss.;

LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica*, voce in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, Utet giuridica, 2010, 146 ss.;

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 371 ss.;

LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, III ed., vol. I, Firenze, Cammelli, 1914;

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, Milano, Giuffrè, 1992, 348;

LIGUORI F., *Le valutazioni tecniche complesse dell’AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto?*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2008, 89 ss.;

LOMBARDI C., *Autorithies e poteri neutrali*, in *Democrazia e diritto*, 2/1995, 422 ss.;

LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2016, 85 ss.;

LOMBARDO L. G., *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cassazione penale*, 3/1993, 751 ss.;

LOMBARDO L., *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2007, 35 ss.;

LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/2002, 1083 ss.;

LONGOBARDI N., *Le “amministrazioni indipendenti”: profili introduttivi*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, 173 ss.;

LORUSSO S., *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Diritto penale e processo*, 11/2010, 1345 ss.;

LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988;

LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Milano, Utet Giuridica, 1997, 341 ss.;

LYOTARD J. F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 1979;

MACCORMICK N., *Coherence in Legal Justification*, in *Theory of Legal Science*, ed. by A. PECZENIL, L. LINDAHL, B. von ROERMUND, Reidel, Dordrecht, 1984;

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994;

MACCORMICK N., *Particulars and Universals*, in *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed. by Z. BANKOWSKI AND J. MACLEAN, Aldershot, 2006;

MACCORMICK N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005;

MACCORMICK N., *The Limits of Rationality in Legal Reasoning*, in “Rechtstheorie”, Beiheft 8, 1985;

MACCORMICK N., *Universalization and Introduction in Law*, in *Reason in Law : proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, Milano, Giuffrè;

MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, Giappichelli, 2002;

MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996;

MANCINI C., *Processo di Via Poma: l'applicazione dei criteri Daubert rende la motivazione esente da vizi*, in *Diritto penale e processo*, 4/2015, 419 ss.;

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Torino, Giappichelli, 2017;

MANDRIOLI C., *Giurisdizione*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, IX, IV ed., Milano, Utet, 1993, 129 ss.;

MANES V., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione penale*, 5/2014, 1918 ss.;

MANNA A., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cassazione penale*, 9/2010, 3633 ss.;

MARANINI G., *Il mito della Costituzione*, Roma, Ideazione, 1996;

MARINELLI V., *Attività ermeneutica e contesto giudiziario*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2/2000, 203, 191 ss.;

MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a “nuvole ed orologi”*: osservazioni sparse sul principio di causalità, in *Cassazione penale*, 12/2002, 3661 ss.;

MASSERA A., “Autonomia” e “indipendenza” nell’amministrazione dello Stato, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988;

MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura: aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2001;

MENGONI L., *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in BESSONE M. (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, 1. Regole, metodi, modelli, Torino, Giappichelli, 1999;

MERUSI F., PASSARO M., *Autorità indipendenti*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, 143 ss.;

MERUSI F., *Variazioni su scienza e tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, 973 ss.;

MEZZANOTTE C., *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in CARAVITA B. (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994;

MICHELETTI D., “Eterni giudicabili: dal monito alla dichiarazione d’illegittimità costituzionale”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2015, 380 ss.;

MIGLIORINI L., *I problemi dell’istruzione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1988, 27 ss.;

MILITELLO G., *La natura e i programmi dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6/1995, 909 ss.;

MIRATE S., *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2004, 817 ss.;

MIRATE S., *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2000, 2402 ss.;

MOLINARI P. V., *La verità nell’ordinamento giuridico*, in *Cassazione penale*, 6/2005, 2177 ss.;

MONTAGNA M., *La perizia come prova neutra*, in *Processo penale e giustizia*, 3/2014, 95 ss.;

MONTAGNA M. (a cura di), *L’assassinio di Meredith Kercher: anatomia del processo di Perugia*, Roma, Aracne, 2012;

MONTELEONE G., *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2009, 1 ss.;

MONTELEONE G., *Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 1/2013, 1 ss.;

MORANA D., *La tutela della salute fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2034 ss.;

MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014;

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001;

MORRONE A., *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 575 ss.;

MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 giugno 2014;

MORTATI C., *Discrezionalità*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, Utet, 1960, 1098 ss.;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1967;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976;

MOSCARINI P., *Lo statuto della «prova scientifica» nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 6/2015, 649 ss.;

MURA A., *Teoria bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*, in *Cassazione penale*, 7-8/2007, 3104 ss.;

NANNI M. C., *Esposizione professionale ad amianto e tutela integrale del danno alla persona*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2017, 634 ss.;

NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1991;

NAPPI A., *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cassazione penale*, 8-9/1991, 1515 ss.;

NARDOCCI C., *Caso “Stamina”; la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2015, 160 ss.;

NATALE M., *Alcune considerazioni sul tema della naturalità e della precostituzione per legge del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2006, 4651 ss.;

NATALE M., *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et jus*, 3/2013, 9 ss.;

NAVARRINI G., *L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Legalità e giustizia*, 2-3/2004, 247 ss.;

NEPPI MODONA G., *La magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto*, 1972, 563 ss.;

NEPPI MODONA G., *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in *Quaderni di Sociologia*, 37/1993, 6 ss.;

NICCOLAI S., *(Su art. 589 c.p. e disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1996, parte 1, 27 ss.

NOBILI M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., 2, Torino, Utet, 1990;

NOBILI M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Il Foro italiano*, 5/1989, 274 ss.;

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974;

NOBILI M., *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009;

NOCCO L., *La probabilità in ambito giuridico civile*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 4/2015, 1519 ss.;

ONIDA V., *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel Consiglio superiore della Magistratura*, in *Politica del diritto*, 1986, 164 ss.;

Ordinanza della procedura civile della Repubblica democratica tedesca, 1975, in PICARDI N., GIULIANI A. (a cura di), *Testi e Documenti per la storia del processo. Sezione I. I grandi modelli europei*, Milano, Giuffrè, 2004;

PADOVANI T., *Un "provvisorio" giudizio di legittimità costituzionale per l'assetto "provvisorio" delle emittenti radiotelevisive private*, in *Legislazione penale*, 1/1989, 102 ss.;

PALLADINO P., *Art. 220 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, diretto da LATTANZI G., LUPO E., vol. III, Prove, Libro III, Artt. 187-271, Agg., Milano, Giuffrè, 2017, 344 ss.;

PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia*, in *Cassazione penale*, 7-8/2016, 2695 ss.;

PALOMBELLA G., *Giudici, diritti e democrazia*, in *Democrazia e diritti*, 1/1997, 241 ss.;

PALOMBELLA G., *Il Rule of Law oltre lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2009, 325 ss.;

PANTALEONI F., *L'obbligo del giudice civile di verificare il contenuto della relazione del consulente tecnico: la Cassazione stigmatizza ancora una volta la tendenza dei giudici di merito di delegare agli esperti propri compiti esclusivi*, in *Il Foro padano*, 3-4/1995, 170 ss.;

PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 413 ss.;

PARDOLESI R., *Etere misto e pluralismo (annunciato)*, in *Il Foro italiano*, 1988, parte I, 2477 ss.;

PARDOLESI R., *Pluralismo esterno (non più una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Il Foro italiano*, 1/1995, 5 ss.;

PATRONO M., *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2010, 1613 ss.;

PEDACI V., *Riforma della pubblica amministrazione ed autorità amministrative indipendenti: soluzione o nuovo mito?*, in *I Tar*, II, 1996, 41 ss.;

PEIRCE C. S., *La logica dell'abduzione*, in ID., *Caso amore e logica*, Torino, Taylor, 1956;

PEIRCE C., *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, edited by BURKS A.W., Cambridge, Harvard University Press, 1958;

PENASA S., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2/2015, 271 ss.;

PENASA S., *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817 ss.;

PENASA S., *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista del BioDiritto*, 1/2016, 41 ss.;

PERELMAN C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, "Méthodes du droit", dirigé par J. CARBONNIER, Paris, Dalloz, 1976;

PERFETTI L., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Il Foro Amministrativo*, 2/2000, 422 ss.;

PERINI A., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 1/1994, 92 ss.;

PICARDI N., GIULIANI A. (a cura di), *Testi e Documenti per la storia del processo. Sezione I. I grandi modelli europei*, Milano, Giuffrè, 2004;

PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 874 ss.;

PIETROPOLLI M., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria in Italia e in Francia*, in *Diritto e società*, 1/2008, 65 ss.;

PINELLI C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, Giappichelli, 1994, 552 ss.;

PINELLI C., *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3/2016;

PINTORE A., *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996;

PIRONI V., *Prove scientifiche e processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 4/2013, 1267 ss.;

PISANI M., *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *L'indice penale*, 1970, 370 ss.;

PISANI M., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 2/2007, 663 ss.;

PISANI M., *Il giudice, la legge e l'art. 101, comma 2, Cost.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2013, 558 ss.;

PITRUZZELLA G., *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta de diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del «governo dei giudici»*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, Cedam, 2008;

PIZZORUSSO A., *Commento all'art. 137 Cost.*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Garanzie costituzionali*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1981;

PIZZORUSSO A., *Intervento al Convegno di Senigallia 9-11 novembre 1979*, in *Giustizia e Costituzione*, 3-4/1980, 183 ss.;

PIZZORUSSO A., *Intervento*, in AA. VV., *I poteri del giudice civile di fronte alla legge, Atti del 14° Convegno nazionale dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile*, Ferrara, 5-6 giugno 1982, Rimini, Maggioli, 1985;

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile, Artt. 1-9*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1977, 6 ss.;

PIZZORUSSO A., *Il pensiero di Calamandrei allora ed oggi, a trent'anni dalla sua scomparsa*, in BARILE P. (a cura di), *Piero Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1970, 191 ss.;

PIZZORUSSO A., *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, 1 ss.;

PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1982;

PIZZORUSSO A., *Sul significato dell'espressione «giudice» nell'art. 25, co. 1, della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1970, 1067 ss.;

POPPER K., *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972;

POPPER K., *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*, trad. it., Roma, Armando, 1975;

POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, Einaudi, 1970;

PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910, 10 ss.;

PRESUTTI E., *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911;

PROTTO M., *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 8/2001, 873 ss.;

PROTTO M., *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1999, 833 ss.;

PROVINCIALI R., *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1959;

PUGIOTTO A., *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3460 ss.;

PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 4199 ss.;

PUGIOTTO A., Intervento al Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001 (nella sezione dedicata al “Il potere istruttorio”), in FAMIGLIETTI G., MALFATTI E., SABATELLI P. P. (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazioni, Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, Giappichelli, 2002;

QUINTILIANO M. F., *Institutio oratoria*, V, 9, 3 ss., V, 10, 1 ss.;

RABIN R. L., *Reliance on scientific evidence in tort litigation: the U.S. experience*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato, Atti del convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 125 ss.;

RANELLETTI O., *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934;

RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, vol. 1, Napoli, Pierro, 1912;

REDENTI E., *Il “contraddittorio” davanti alla Corte costituzionale. Questioni di procedibilità e di integrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 429 ss.;

Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi presentata al re nell’udienza del 28 ottobre 1940 (§ 29, 1-5), in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1940, 3 ss.;

Relazione di PISANELLI G. al primo libro del codice di procedura civile del 1865, in PICARDI N., GIULIANI A., *Codice di procedura civile del Regno d’Italia - 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, Giuffrè, 2004;

RESTA E., *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 3/2004, 369 ss.;

RICCI G. F., *Esperienze statunitensi e prova scientifica*, in AA. VV., *Giustizia senza confini: studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, Bononia University Press, 2012;

RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario, Appendice*, Padova, Cedam, 1982;

RIVELLO P., *“Verità” e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 3/2010, 1230 ss.;

ROMANO C. A., ZAPPA G., *Il giudice-esperto del Tribunale di Sorveglianza*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1/1996, 183 ss.;

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1930;

ROMBOLI R., *Il giudice precostituito per legge fra diritto del cittadino e tutela dell’indipendenza interna della magistratura*, in *Il Foro italiano*, 2/2009, 110 ss.;

ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985;

ROMBOLI R., *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993;

ROMBOLI R., *La parte del processo costituzionale: "amicus curiae" o titolare di interessi?*, in *Il Foro italiano*, 4/1982, 912 ss.;

ROMBOLI R., *L' "interesse qualificato che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2014, 1810 ss.;

ROMBOLI R., *L'intervento nel processo costituzionale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1992, 2605 ss.;

ROMBOLI R., *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 195 ss.;

ROMBOLI R., *L' "interesse qualificato che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2014, 1810 ss.;

ROPPO E., *Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 3945 ss.;

ROPPO V., *La Corte costituzionale "censura" la legge Mammi*, in *Il Corriere giuridico*, 1995, 180 ss.;

RORDORF R., *La professionalità dei magistrati: specializzazione e avvicendamento*, in *Il Foro Italiano*, 10/2000, 269 ss.;

RORTY R., *Conseguenze del pragmatismo*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1986;

ROSSETTI M., *Il C.T.U. ("l'occhiale del giudice")*, Milano, Giuffrè, 2004, 80;

ROTONDI M., *Considerazioni "in fatto" e "in diritto"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1977, 949 ss.;

RUGGERI A., *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibili innovazioni)*, Intervento al Seminario su *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, Pisa 26 ottobre 2001;

RUGGERI A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it.*, 10/2016, 28 ss.;

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Torino, Giappichelli, 1994;

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001;

SABRINA A., *Il diritto ad accedere alla p.m.a. eterologa: disciplina e problemi attuativi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2017, 28 ss.;

SAJA F., *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *giurisprudenza commerciale*, 3/1991, 455 ss.;

SALIS A., *Sull'attendibilità del principio «iudex peritus peritorum»*, in *Democrazia e diritto*, 1/1960, 174 ss.;

SALOMONE E., *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2002, 1017 ss.;

SANDERS J., *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in *Stanford Law Review*, 46, n. 1, 1993, 1 ss.;

SANTOSUOSSO A., *Giudici senza leggi: rimedio o nuova prospettiva?*, in *Notizie di POLITEIA*, XVIII, 65, 2002, 10 ss.;

SARTOR G., *Sillogismo e defeasability. Un commento su Rethoric and the Rule of Law di Neil MacCormick*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 9/2009, 9 ss.;

SATTA S., *Il formalismo nel processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 1143 ss.;

SATTA S., *Il mistero del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1949, 275 ss.;

SATTA S., *La tutela del diritto nel processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1951, 31 ss.;

SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1996;

SCAGLIONE A., *Profili problematici della prova scientifica nel processo penale* (Relazione al Convegno “La giustizia penale tra conoscenza scientifica e sapere comune, Roma, 6 luglio 2016), in *La Giustizia Penale*, 10/2016, 571 ss.;

SCALERA A., *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal “caso di Bella”. Riflessioni a margine di alcun interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10/2014, 437 ss.;

SCHAUER F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge (Mass.) - London, 2003;

SCHIAVELLO A., *Osservazioni a margine di "Legal reasoning and Legal Theory" di Neil MacCormick a vent'anni dalla pubblicazione*, in *Il Foro italiano*, 7-8/2009, 245 ss.;

SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile, Artt. 1-9*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1977;

SCOCA F. G., DEGNI F., *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *GiustAmm.it.*, www.giustamm.it, 11/2006;

SCOCA F. G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2000, 1045 ss.;

SCOCA F. G., *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2/2008, 257 ss.;

SCOLA F., *Il Consiglio superiore della Magistratura ordinaria negli atti dell'Assemblea costituente e della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Nuova Rassegna*, 9-10/1999, 902 ss.;

SCOTTI L., *Contributo tecnico-scientifico nel processo e discorso fra le "due culture"*, in *Documenti e giustizia*, 1995, 1051 ss.;

SERENO G., *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 1/2015;

SEVERINO E., *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998;

SICA M., *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/1989, 216 ss.;

SILVESTRI E., *L'"amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1997, 679 ss.;

SILVESTRI G., *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 411 ss.;

SILVESTRI G., *Sovranità popolare e magistratura*, in CARLASSARE L. (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Cedam, Padova, 2004;

SORRENTINO F., *Le questioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale*, relazione al Convegno "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche", Firenze, 7-8 maggio 2004;

SORRENTINO F., CAPORALI G., *Legge (atti con forza di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, Utet, 1994, 100 ss.;

SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994;

SPADARO A., *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni dello Stato costituzionale*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, Giappichelli, 2006;

SPAGNA MUSSO E., *Giudice* (nozione e profili cost.), voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1991, 931 ss.;

SPAGNA MUSSO E., *Problemi costituzionali del Pubblico Ministero*, in ID., *Studi di diritto costituzionale*, Napoli, Morano, 1966;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1984, 7 ss.;

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III. ed., Milano, Giuffrè, 2003;

STELLA F., *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2002, 767 ss.;

TAGLIANETTI G., *I limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 11/2012, 2817 ss.;

TALLACCHINI M., *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in *Notizie di POLITEIA*, XVIII, 65, 2002, 126 ss.;

TALLACCHINI M., *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea*, in *Notizie di POLITEIA*, XVII, 62, 2001, 7 ss.;

TARSKI A., *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research* (1994), trad. it., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in LINSKI L. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, Il saggiatore, 1969;

TARUFFO M., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Il Foro italiano*, 3/1974, 90 ss.;

TARUFFO M., *Cultura e processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2009, 63 ss.;

TARUFFO M., *Giudizio: processo, decisione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1998, 787 ss.;

TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in BESSONE M. (a cura di), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Torino, Giappichelli, 1997;

TARUFFO M., *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1999, 931 ss.;

TARUFFO M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2/1974, 264 ss.;

TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 435 ss.;

TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980;

TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in CICU A., MESSINEO F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo II, sez. I, Milano, Giuffrè, 1992;

TARUFFO M., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2005, 1079 ss.;

TARUFFO M., *Libero convincimento del giudice*, voce in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, I, Roma, Treccani, 2010;

TARUFFO M., *La ricerca della verità nell' "adversary system" angloamericano*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1977, 596 ss.;

TARUFFO M., *La semplice verità*, Roma – Bari, Laterza, 2009;

TARUFFO M., *La valutazione delle prove*, in ID., *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A., MESSINEO F., continuato da MENGONI L., Milano, Giuffrè, 2012;

TARUFFO M., *La verità nel processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2012, 1117 ss.;

TARUFFO M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1996, 219 ss.;

TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2001, 11 ss.;

TARUFFO M., *Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2008, 631 ss.;

TARUFFO M., *Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane*, in *Sociologia del diritto*, 1/1976, 159 ss.;

TARUFFO M., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2-3/1986, 237 ss.;

TARUFFO M., *Prova scientifica* (dir. proc. civ.), voce in *Enciclopedia del diritto*, *Annali* II-1, 2008, 965 ss.;

TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2001, 665 ss.;

TARUFFO M., *Considerazioni su scienza e processo civile*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato: atti del Convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004;

TARUFFO M., *La ricerca della verità nell'«adversary system» anglo-americano*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1977, 596 ss.;

TARULLO S., *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2002, 1385 ss.;

TERRACINI U., *Come nacque la Costituzione*, Roma, Editori Riuniti, 1978;

TESAURO G., TODINO M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, VI, 2002, Milano, Giuffrè, 2002, 112 ss.;

TOGLIATTI P., *Discorsi alla Costituente*, Roma, Editori Riuniti, 1973;

TONIATTI R., *Indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 4/2010, 1733 ss.;

TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 10/2012, 1225 ss.;

TONINI P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, in *Diritto penale e processo*, 11/2011, 1341 ss.;

TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996;

TORRENTE A., *Consiglio superiore della magistratura*, voce in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 327 ss.;

TORRI E., *I fondamenti della logica: metodi dell'argomentare e modalità dell'agire*, in *Legalità e giustizia*, 2-3/2004, 98 ss.;

TOULMIN S., *The Uses of Argument* (Cambridge 1958), *Updated edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007;

TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 439 ss.;

TRAVI A., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1263 ss.;

TROCKER N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1989, 949 ss.;

UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979;

UBERTIS G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, Utet, 1995;

UBERTIS G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cassazione penale*, 3/2006, 1206 ss.;

UBERTIS G., *Razionalismo processuale e verità*, in *Il giusto processo civile*, 1/2013, 325 ss.;

UBERTIS G., *Prova scientifica e giustizia penale* (Relazione al Convegno "Giurisprudenza e scienza", Roma, 10 marzo 2016), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2016, 1192 ss.;

UNGER R. M., *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harvard Law Review*, vol. 96, n. 3, 1983, 674 ss.;

VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981;

VASSALLO N., *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in AMORETTI M. C., MARSONET M. (a cura di), *Conoscenza e verità*, Milano, Giuffrè, 2007;

VATTIMO G., *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2009;

VELLUCCI A., STARNINI G., FARINELLI S., DE DONATIS V., *L'infezione da Hiv e il regime carcerario*, in *Cassazione penale*, 1994, 2898 ss.;

VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, 591 ss.;

VERONESI P., *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce d'accoglimento (e sulla sorte dell'“equilibrio di bilancio”) dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 692 ss.;

VICOLI D., *Art. 220 c.p.p.*, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, diretto da CONSO G., ILLUMINATI G., 9° ed., Padova, Cedam, 2015, 758 ss.;

VILLA V., *Il positivismo giuridico di Neil MacCormick*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 9/2009, 29 ss.;

VILLA V., *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3/1988, 567 ss.;

VILLARI S., *Il processo costituzionale: nozioni preliminari*, Milano, Giuffrè, 1957;

VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Laterza, 2001;

VIOLANTE L., *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009;

VIOLINI L., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio e innova l'approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1998, 975 ss.;

VIOLINI L., *Vuoto normativo, disparità di trattamento e scelte “tecniche”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 7/1988, 4242 ss.;

VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1957, 95 ss.;

VIRGADAMO P., *Dichiarazione giudiziale di paternità e valore delle linee guida di esecuzione delle indagini genetiche tra fonti del diritto, prove presuntive e profilo motivazionale del provvedimento giudiziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2016, 301 ss.;

VITELLO S. F., *Aids e regime detentivo secondo il nuovo principio sancito dalla Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 321 ss.;

VOLPE G., *Commento all'art. 137 Cost.*, IV, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Garanzie costituzionali*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1981;

VOLPI M. (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, Il Mulino, 2001;

WHITE A. R., *Coherence. Theory of Truth*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, II, New York, Macmillan, 1967;

WRIGHT C., *Truth and Objectivity*, Cambridge - London, Harvard University Press, 1992;

ZACCARIA F., *Nota a Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 420*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3716 ss.;

ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, Giuffrè, 1988;

ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in CONSO G. (a cura di), *Pubblico Ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma*, Bologna, Zanichelli, 1979;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992;

ZANON N., BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzione dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2002;

ZANON N., BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014;

ZANON N., PANZERI L., *Commento all'art. 101 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Artt. 101-139, disposizioni transitorie e finali*, Torino, Utet Giuridica, 2006, 1957 ss.;

ZANON N., *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996;

ZENCOVICH ZENO V., *Le sentenze della Corte costituzionale (come sono e come si vorrebbe che fossero)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2016, 813 ss.